CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS
E DEMOCRACIA – DOUTORADO

PAULO CESAR DE LARA

O PLURALISMO JURÍDICO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL COMO VETOR INTERPRETATIVO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVO

CURITIBA
2024

PAULO CESAR DE LARA

O PLURALISMO JURÍDICO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL COMO VETOR INTERPRETATIVO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVO

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), como requisito à obtenção do título de Doutor em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska
Coorientador: Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai

CURITIBA

2024

Lara, Paulo Cesar de
O pluralismo jurídico do sujeito constitucional como vetor interpretativo do processo constitucional substantivo. / Paulo Cesar de Lara. - Curitiba, 2024.
598 f.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska
Tese (Doutorado) – UniBrasil, 2024.

1. Direito Constitucional. 2. Pluralismo Jurídico. 3. Processo Substantivo. I. Maliska, Marcos Augusto, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO CESAR DE LARA

O PLURALISMO JURÍDICO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL COMO VETOR INTERPRETATIVO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVO

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor no Curso de Pós-graduação (Doutorado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____
Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska
Centro Universitário UniBrasil

Coorientador:

_____
Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai
Universidade Federal do Maranhão

Membros:

_____
Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos
Centro Universitário UniBrasil

_____
Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Universidade Nacional de Brasília

_____
Profa. Dra. Allana Campos Marques Schrappe
Centro Universitário UniBrasil

_____
Prof. Dr. Prof. Dr. William *S*oares Pugliese
Centro Universitário UniBrasil

Curitiba, 30 de março de 2024.

Dedico este trabalho à minha esposa *Leonilda,* aos meus filhos *João Paulo* e *Maria Clara* e pela "ordem de chegada" em nossas vidas, à *Nathália* e à pequena e muito amada *Aurorinha* que iluminam as nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

A agradeço ao Senhor da vida pelo dom da existência e pela oportunidade de nos tornarmos melhores ao longo da grande aventura da vida. Agradeço aos meus pais, Waldomiro e Itala, pela vida de dedicação e abnegação exemplares, que me guiaram no caminho do estudo e do trabalho. Em especial, à minha mãe, que da eternidade se alegra conosco, bem como à minha família, esposa e filhos, a quem todas as palavras do mundo são insuficientes para expressar minha gratidão e profundo reconhecimento. Agradeço a Maria Luisa Castelã Ribeiro, na pessoa de quem saúdo e agradeço a toda a equipe administrativa da UniBrasil que passou pelo meu caminho durante este período de aperfeiçoamento profissional. Agradeço ao meu Orientador, Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska, pelas suas preciosas observações. Sou grato pela sabedoria e paciência que me dispensou ao longo destes 4 anos, e mais do que isso, pelas lições ímpares de integridade profissional e ética. Saúdo todo o corpo docente desta Instituição, bem como meu Coorientador e amigo, Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai, pela pessoa extremamente humana e decente. Agradeço também à disponibilidade dos demais professores integrantes da Banca avaliadora, Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Profa. Dra. Allana Campos Marques Schrappe, Prof. Dr. William *S*oares Pugliese, em especial o Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto, meu eterno Mestre de Minas Gerais as primeiras sementes de um saber imperecível. Sou grato à Universidade Estadual de Ponta Grossa, e a todos os colegas que assumiram minhas atividades durante minha ausência para me dedicar aos estudos. Espero ser digno de sua confiança e solidariedade, bem como a todos os meus ex-alunos, pela amizade e respeito mútuos. Não posso deixar de ser grato à minha outra casa mais longínqua ainda, a Universidade Federal de Rondônia, e a tantos amigos e alunos com quem trabalhei e refleti sobre a causa amazônica. Passei um bom tempo de minha vida em meio às lutas pelas causas sociais, que me mostraram um outro lado do Brasil. Por fim, sou gratíssimo a todos os colegas de estudo, em especial, meus queridos amigos, o Doutor Clayton Gomes Medeiros e o Doutor Dillings Barbosa Maquiné, pelo exemplo de pessoas idealistas e íntegras. Agradeço de forma muito especial ao Prof. Dr. Clarides Henrich de Barba, que de forma dedicada literalmente “montou” e “desmontou” a estrutura da tese com suas valiosas observações. Por fim, agradeço ao meu cachorro “Nego”, pela sua alegria e amizade. A todos o meu muito obrigado.

O meu passado, Senhor, à tua misericórdia. O meu presente, ao teu amor. O meu futuro, à tua Providência.

Pio de Pietrelcina

RESUMO

A tese se insere na linha de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil: a Constituição e suas condições Materiais da Democracia em sua área de concentração Direito Fundamentais e Democracia. A tese consiste em uma resposta aos casos difíceis e complexos representados pelos litígios multitudinários ou simplesmente complexos pela natureza ou extensão, em relação aos quais o emprego do direito clássico atual não tem sido eficiente nem democraticamente emancipador. Apresenta o Processo Constitucional Substancial assentado sob o paradigma pluralista sob o fio condutor da metáfora psicanalítica do Sujeito Constitucional, como aparato teórico-prático empregado em tais casos. As mudanças paradigmáticas conduzem a uma percepção do sujeito constitucional na construção de uma nova juridicidade, a qual não é percebida pelas concepções clássicas de direito. O objetivo geral da tese é entender o Processo Constitucional Substancial sob a perspectiva da realização dos direitos fundamentais, sob a ótica das teorias do pluralismo jurídico e do sujeito constitucional. Como objetivos específicos, busca-se estabelecer um diálogo entre a teoria e a prática dos direitos fundamentais em uma perspectiva plurocrática, compreender a interação dinâmica do Processo Constitucional com o pluralismo jurídico material e, processualmente, conceber o Processo Constitucional Substancial sob a ótica da teoria do sujeito constitucional como substrato teorético. No que tange ao marco teórico, este se desdobra em vários núcleos temáticos. A metodologia é a crítico-dialética e comparativista e as técnicas de pesquisa, a bibliográfica e os estudos de caso. À título de resultados, busca-se demonstrar que o processo constitucional substantivo deve assegurar a convivência de diferentes normatividades formais e informais como expressão individual e coletiva do sujeito constitucional como condição da efetiva proteção dos direitos em uma comunidade jurídica em que todos se reconhecem como iguais em dignidade.

Palavras-chave: Paradigmas. Processo Substantivo. Pluralismo. Sujeito. Constitucional.

RESUMEN

La Tesis forma parte de la línea de investigación del Programa de Postgrado en Derecho del Centro Universitario Autónomo de Brasil – UniBrasil, la Constitución y sus Condiciones Materiales de la Democracia en su área de concentración Derecho Fundamental y Democracia. La Tesis consiste en una respuesta a casos difíciles y complejos representados por litigios multitudinarios o simplemente complejos en su naturaleza o extensión, en relación con los cuales el uso del derecho clásico vigente no ha sido eficiente ni democráticamente emancipador. La Tesis presenta el Proceso Constitucional Sustancial basado en el paradigma pluralista, bajo el hilo conductor de la metáfora psicoanalítica del Sujeto Constitucional, como aparato teórico-práctico utilizado en tales casos. Los cambios paradigmáticos conducen a una percepción del sujeto constitucional en la construcción de una nueva legalidad que no es percibida por las concepciones clásicas del derecho. El objetivo general de la Tesis es comprender el Proceso Constitucional Sustancial desde la perspectiva de la realización de los derechos fundamentales, desde la perspectiva de las teorías del pluralismo jurídico y del sujeto constitucional. Los objetivos específicos buscan establecer un diálogo entre la teoría y la práctica de los derechos fundamentales desde una perspectiva plurocrática, comprender la interacción dinámica del Proceso Constitucional con el pluralismo jurídico material y procedimentalmente, concebir el Proceso Constitucional Sustancial desde la perspectiva de la teoría del sujeto constitucional como sustrato teórico. En cuanto al marco teórico, se divide en varios núcleos temáticos. La metodología es crítico-dialéctica y comparativa y las técnicas de investigación son bibliográficas y estudios de caso. Como resultados, buscamos demostrar que el proceso constitucional sustantivo debe asegurar la coexistencia de diferentes normas formales e informales como expresión individual y colectiva del sujeto constitucional, como condición para la protección efectiva de los derechos en una comunidad jurídica donde todos se reconocen como iguales en dignidad.

Palabras clave: Paradigmas. Proceso Sustantivo. Pluralismo. Sujeto. Constitucional.

ABSTRACT

The Thesis is part of the line of research of the Postgraduate Program in Law at the Autonomous University Center of Brazil – UniBrasil, the Constitution and its Material Conditions of Democracy in its area of concentration Fundamental Law and Democracy. The Thesis consists in a response to difficult and complex cases represented by multitudinous litigation or simply complex in nature or extent, in relation to which the use of current classical law has not been efficient nor democratically emancipatory. The Thesis presents the Substantial Constitutional Process based on the pluralist paradigm under the guiding thread of the psychoanalytic metaphor of the Constitutional Subject, as a theoretical-practical apparatus used in such cases. The paradigmatic changes lead to a perception of the constitutional subject in the construction of a new legality, which is not perceived by classical conceptions of law. The general objective of the Thesis is to comprehend the Substantial Constitutional Process from the perspective of the realization of fundamental rights, utilizing theories of legal pluralism and the constitutional subject. The specific objectives seek to establish a dialogue between the theory and practice of fundamental rights from a plurocratic perspective, understand the dynamic interaction of the Constitutional Process with legal pluralism materially and procedurally, conceive the Substantial Constitutional Process from the perspective of the theory of the constitutional subject as a theoretical substrate. Regarding the theoretical framework, it is divided into several thematic nuclei. The methodology is critical-dialectic and comparative, and the research techniques are bibliographic and case studies. As results, we seek to demonstrate that the substantive constitutional process must ensure the coexistence of different formal and informal regulations as an individual and collective expression of the constitutional subject as a condition for the effective protection of rights in a legal community where everyone recognizes each other as equal in dignity.

Keywords: Paradigms. Substantive Process. Pluralism. Subject. Constitutional.

RIASSUNTO

La tesi si inserisce nella linea di ricerca del Programma Post-Laurea in Giurisprudenza presso il Centro Universitario Autonomo del Brasile – UniBrasil, La Costituzione e le sue condizioni materiali della democrazia nella sua area di concentrazione Diritto Fondamentale e Democrazia. La Tesi consiste in una risposta a casi intricati rappresentati da una molteplicità di contenziosi o semplicemente complessi per propia natura o estensione, in relazione ai quali, l'uso dell'attuale diritto classico non è nè efficiente nè democraticamente emancipatore. La Tesi presenta il Processo Costituzionale Sostanziale basato sul paradigma pluralista tramite il filo conduttore della metafora psicoanalitica del Soggetto Costituzionale come apparato teorico-pratico utilizzato in tali casi. I cambiamenti paradigmatici portano ad una percezione del soggetto costituzionale nella costruzione di una nuova legalità che non è percepita dalle concezioni classiche del diritto. L'obiettivo generale della Tesi è comprendere il Processo Costituzionale Sostanziale dalla prospettiva della realizzazione dei diritti fondamentali dal punto di vista delle teorie del pluralismo giuridico e del soggetto costituzionale. Gli obiettivi specifici cercano di stabilire un dialogo tra la teoria e la pratica dei diritti fondamentali in una prospettiva plurocratica, comprendere materialmente e proceduralmente l'interazione dinamica del Processo Costituzionale con il pluralismo giuridico, concepire il Processo Costituzionale Sostanziale dal punto di vista della teoria del soggetto costituzionale come substrato teorico. Per quanto riguarda il quadro teorico, esso si articola in più nuclei tematici. La metodologia è critico-dialettica e comparativa mentre le tecniche di ricerca sono bibliografiche e studi del caso. Pertanto, si cerca di dimostrare che il processo costituzionale sostanziale deve garantire la coesistenza di diverse norme formali e informali come espressione individuale e collettiva del soggetto costituzionale come condizione per l'effettiva tutela dei diritti in una comunità giuridica dove tutti si riconoscono come uguali in dignità.

Parole chiave: paradigmi. Processo sostanziale. Pluralismo. Soggetto. Costituzionale.

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

BGB – (*Bürgerliches Gesetzbuch)* – Código Civil Alemão

BverfG (*Bundesverfassungsgericht*) – Corte Constitucional alemã

Caput – Cabeça de artigo

CC – Código Civil Brasileiro

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição da República Federativa Brasileira

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DJE – Diário de Justiça Eletrônico

Emb. Inf. –Embargos Infringentes

GG – (*Grundgesetz*) – Lei fundamental alemã, Constituição da República da Alemanha.

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS –Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

V.g. (*verbi gratia*) – por exemplo

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....14
1 TRANSFORMAÇÕES PARADIGMÁTICAS TENDENTES À CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA PLURALISTA 24
1.1 Os paradigmas na construção teórica dos gregos, medievos e na moderna Filosofia da Ciência 24
1.2 O Processo Constitucional Substancial, a hermenêutica constitucional e a Constituição brasileira de 1988 como um horizonte de sentido pluralista.....62
1.3 O horizonte de sentido pluralista na experiência da União Europeia..... 98

2 ASPECTOS TEÓRICOS E DOGMÁTICOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL.....121
2.1 Fundamentos teóricos do Processo Constitucional no contexto de uma Teoria Democrática e Constitucionalista 121
2.2 Fundamentos dogmáticos e as relações entre Processo e a Teoria da Constituição e o Processo Constitucional como garantia dos Direitos Fundamentais.....151
2.3 Elementos do Processo Constitucional substancial e a doutrina do devido Processo Substancial nos Estados Unidos da América, Portugal, Alemanha e Brasil e na América Latina (algumas notas) 166

3 DO PLURALISMO EM GERAL AO PLURALISMO JURÍDICO 228
3.1 Pluralismo, hipercomplexidade e uma teoria igualmente complexa ante a crise civilizacional a revelar a emergência de novos paradigmas 228
3.2 Elementos do Pluralismo Jurídico. Codificações e Pluralismo local e global.....253
3.3 O fenômeno da codificação. Entre Códigos e totens sagrados e o Pluralismo nas realidades locais e mundiais..... 294

4 NECESSÁRIAS INCURSÕES NA TEORIA PSICANALÍTICA DO SUJEITO COMO SUBSTRATO TEÓRICO PARA A COMPREENSÃO DA TEORIA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL DE MICHEL ROSENFELD 335
4.1 Expressões do Sujeito Constitucional, reviravoltas na Suprema Corte norte-americana, sociedade mutante e Identidades Constitucionais.....335
4.2 O Judiciário como Superego da Sociedade. Retomando o conceito de Ingeborg Maus à luz do pluralismo 407
4.3 Sujeito Constitucional e sombras constitucionais 415

5 O PLURALISMO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL COMO VETOR INTERPRETATIVO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVO.....427
5.1 Processo Constitucional Substancial e Estado Democrático de Direito como elementos essenciais para estruturar um Pluralismo Jurídico constitucionalmente adequado a promover mudanças paradigmáticas.....427
5.2 Microexpressões e Macroexpressões do Processo Constitucional Substantivo Pluralista.....513
5.3 Cegueiras, iluminações riscos sistêmicos para a Democracia – Uma sociedade em redes 541

CONSIDERAÇÕES FINAIS 553
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 564

INTRODUÇÃO

Toda tese tem um gatilho narrativo, algo que incomoda e pelo qual vale a pena buscar a resposta, metodologicamente, esta indagação fundamental é o "problema de pesquisa" de onde verte toda a construção teórica. Às vezes, é um fato de relevância científica; às vezes, uma intrincada encruzilhada teórica, mas, outras vezes, o que semeia a dúvida na alma é algo mais profundo, mais inquietante, algo que tem a ver com o sentido da própria vida, com os destinos dos homens neste mundo.

Tais questões doem mais do que se pode acreditar e encontrar uma resposta, por mais laborioso que seja, talvez não resolva o problema como um todo, mas é capaz de dar um sentido à vida e alguma paz na alma na medida em que apresenta alguma solução para isso, mesmo que minimamente.

Na Amazônia ocidental, bem ao sul do estado de Rondônia, quase na divisa com estado do Mato Grosso, há um pequeno município com o nome de Corumbiara, que foi palco de uma grande tragédia em 14 de julho de 1995, envolvendo o assassinato de trabalhadores rurais. No ano seguinte, antes de completar 1 ano do trágico evento, em Eldorado dos Carajás, no Pará, houve outro evento semelhante, dessa vez envolvendo o dobro de vítimas. Esses dois casos constituíram um marco na história agrária brasileira, com consequências inimagináveis.

O autor desta tese esteve envolvido no desenrolar desses acontecimentos, em virtude de suas atividades profissionais e vínculos institucionais, razão pela qual vem se questionando se haveria uma nova forma de compreender essas questões e resolvê-las à luz de uma resposta constitucionalmente adequada aos parâmetros do Estado Democrático de Direito. Os conflitos massivos teriam outra solução que não o emprego de aparatos estatais da violência? Se é legítimo fazer valer a lei, porque somente aos pobres, desvalidos e já excluídos da vida digna é reservada a carga mais violenta da violência estatal?

De tantos conflitos massivos em que a justiça colocou um ponto final aos litígios, o resultado não tem sido dos mais humanos e justos para com a parte mais frágil da corrente, daí a relevância do tema, pois tais conflitos só aumentam e se agudizam nas cidades e nos campos no Brasil. Apesar de se ter buscado soluções processuais, estas ainda enfrentam muitíssimas amarras, necessitando de uma

vigorosa construção teórica que dê suficientes e sofisticadas soluções aos casos concretos.

Ao se perceber que diante de conflitos, em especial os massivos, não bastam as soluções clássicas do aparato processual brasileiro, por se tratar de situações complexas que exigem soluções mais sofisticadas. Neste sentido, a tese passa a reunir, em um mesmo eixo temático, as dimensões do sujeito constitucional, as implicações conceituais do pluralismo jurídico no contexto do Processo Constitucional, tomando em sua dimensão substancialista, lançando mão do manejo principiológico da razoabilidade e da proporcionalidade, municiando o mundo jurídico com um instrumental teórico e prático, processual e substancial para a construção de múltiplas soluções, considerando as instâncias interna e externa do ordenamento jurídico.

O problema fundamental que motivou o desenvolvimento desta tese consiste na insuficiência técnica do direito para resolver, de maneira minimamente adequada e humana, o déficit de justiça materializado nas mais diversas situações, nas constantes e reiteradas violações a direitos de grupos social e economicamente excluídos da convivência digna na qualidade de cidadãos, como ocorre nas ocupações de áreas urbanas, rurais, quilombolas, indígenas ou mesmo litígios que envolvem a própria natureza como protagonista da defesa de seus direitos e todas as demandas e um grande contingente de pessoas ou do meio ambiente.

O problema de pesquisa levantado encontra pleno acolhimento na proposta institucional do estudo da Democracia e dos Direitos Fundamentais na medida em que o plano de trabalho transcorre à luz da proposta do Programa de Pós-graduação em Direito da UniBrasil ao qual se submete. No que se refere à adesão às suas linhas diretivas, a tese, como um todo, insere-se na linha de pesquisa que investiga a Constituição e suas condições Materiais da Democracia, representa assim uma visão recorte ante a grande temática que orienta o Programa de Pós-Graduação em Direito do UniBrasil em sua área de concentração Direito Fundamentais e Democracia. O referido Programa tem como objetivo investigar possíveis relações, conexões, interdependências e intercorrências entre os direitos fundamentais e a teoria da democracia.

O problema da pesquisa se constrói a partir da análise supra referida. No caso, a constatação de que, diante de conflitos, em especial os massivos, não bastam as soluções clássicas do aparato processual brasileiro, pois são situações

complexas que exigem soluções mais sofisticadas. Neste sentido, a tese, ao reunir em um mesmo eixo temático as dimensões do sujeito constitucional e as implicações conceituais do pluralismo jurídico no contexto do Processo Constitucional, tomado em sua dimensão substancialista, destaca-se pelo manejo principiológico da razoabilidade e da proporcionalidade, que municia o jurista com um instrumental teórico e prático, processual e substancial para a construção de múltiplas soluções.

Assim, considerando as instâncias interna e externa do ordenamento jurídico, posto que inclui o Direito Internacional dos Direitos Humanos, portanto, o aspecto da convencionalidade, é possível vislumbrar o surgimento de outra faceta do sujeito constitucional, no caso o sujeito convencional. As mudanças paradigmáticas confluíram para uma nova percepção do sujeito constitucional da diversidade e seu papel na construção de uma nova juridicidade inclusiva, humanística e pluralista, que só é possível se concebida, vivenciada e executada sob as bases de um Estado Democrático de Direito sob o qual se sustenta a estrutura institucional do Processo Constitucional Substantivo.

De forma mais específica, a problemática apresentada desafiou a construção da tese edificada a partir da necessidade de se estabelecer um diálogo entre a teoria e a prática dos direitos fundamentais ao propor um estudo que congregue Processo Constitucional e Pluralismo Jurídico, tendo como fio condutor a Teoria do Sujeito Constitucional corporificada em alguns estudos de caso, em uma perspectiva plurocrática (pluralística-democrática), visando à plena efetivação da Democracia.

A perspectiva plurocrática implica a absorção dos elementos e da dinâmica pluralista aos institutos e à dinâmica da própria Democracia, a qual não pode mais ser concebida a não ser à luz de uma dimensão pluralista, a qual passa a ser constitutiva da Democracia, de tal forma que não se pode cogitá-la a não ser a partir da dimensão própria e da dinâmica própria do pluralismo jurídico, que passa a ser a expressão da própria identidade constitucional da Democracia.

Entremeando-se os elementos constitutivos da tese, sujeito constitucional, Pluralismo Jurídico e Processo Constitucional Substantivo em uma abordagem interdisciplinar, incorporando além das análises de teóricos constitucionais, antropólogos, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e filósofos do direito, busca-se uma gama diversificada de fontes para enriquecer a compreensão do pluralismo jurídico, mas não é só isso. A abordagem interdisciplinar propicia, a abordagem do

objeto de estudo a partir de pontos de vista diversos, enriquecendo a análise do fenômeno estudado.

A tese parte da ideia de que o pluralismo do sujeito constitucional como vetor interpretativo do Estado Constitucional Substantivo apresenta-se como apto a fornecer instrumentos de ordem processual e elementos de ordem teórica, que possibilitem aos aplicadores do direito resolverem os casos legais a eles submetidos que envolvam questões de moradia, proteção ambiental, questões de espaços urbanos e rurais, todos conflitos em dimensões multitudinárias, massivas, plurais, complexos de alguma maneira, sejam fenômenos considerados em relação aos elementos numéricos, sejam os analisados em sua situação específica em menor escala, mas não menos complexos, sem lançar mão da dogmática clássica que justifique o emprego das forças de repressão pública, violência, morte e destruição do tecido social sempre em favor dos mais fragilizados.

A tese identifica o pluralismo no sujeito constitucional e, a partir do sujeito constitucional como um instrumento hermenêutico, canaliza a interpretação constitucional concretamente no instituto do Processo Constitucional Substantivo, a terceira categoria trabalhada. Desta forma, o reconhecimento do pluralismo jurídico oferece uma interpretação mais rica das normas constitucionais, evitando interpretações unilaterais, insuficientes, minimalistas ou simplesmente inadequadas.

Ao analisar os temas essenciais apresentados, a investigação conduz à conclusão de que a análise confirma a hipótese. O reconhecimento do pluralismo jurídico é consistente com a identidade constitucional, que expressa e se conecta ao Processo Constitucional, ensejando uma interpretação mais abrangente e justa, sendo uma das evidências disso a construção das chamadas demandas estruturais ou processos estruturais, que permitem solucionar questões que envolvem ocupações de áreas urbanas ou rurais com a participação de organismos da sociedade, peritos experientes e do próprio Estado, e uma participação menor do juiz propriamente dito, que atua mais como um fator de conciliação, coordenação e efetivação na construção de soluções coletivas.

Por outro lado, a identidade do sujeito constitucional é trazida à lume a partir da teoria de Michel Rosenfeld[1] e estrutura-se a partir de uma metáfora psicanalítica freudiana que trabalha com o sujeito. A Constituição, em seu processo

[1] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

hermenêutico, é analisada como um sujeito com vontade, identidade, manifestações próprias e uma interação com valores pré-constitucionais, e desenvolve-se nessa relação de construção histórica de avanços e recuos.

A tese consiste em uma resposta aos casos difíceis e complexos representados pelos litígios multitudinários ou simplesmente complexos pela natureza dessas demandas, envolvendo questões sociais muitas vezes de difícil solução ou extensão, tratando de situações com um grande contingente de pessoas, em relação aos quais o emprego do direito clássico atual não tem sido eficiente nem democraticamente emancipador, como tem comprovado as diversas e reiteradas tragédias na tentativa de o Estado resolver esses conflitos.

O Processo Constitucional Substantivo é o núcleo de garantias processuais corporificadas na Constituição e fora dela, sob uma ótica substancialista, ou seja, não apenas no tocante à formalidade dessas garantias ou sua previsão específica, mas a partir de uma análise em conjunto que relacione os meios aos fins e à sua adequabilidade, razoabilidade, proporcionalidade, justiça e humanidade.

Esta tese traz como objetivo geral possibilitar a conjugação das noções e dos institutos do Processo Constitucional Substancial, do Pluralismo Jurídico interligadas pelas Teoria da Identidade do Sujeito Constitucional, no sentido de edificar uma construção teórica coesa e interrelacionada que servisse de instrumento para se construir novos paradigmas de juridicidade, que possam trazer novas possibilidades hermenêuticas no trato das mais diversas questões no âmbito da justiça diante dos grandes entraves que impedem de alcançar seus objetivos.

Quanto aos objetivos específicos da pesquisa, busca-se estabelecer um diálogo entre a teoria e a prática dos direitos fundamentais e humanos em uma perspectiva plurocrática para se conceber a Democracia numa acepção mais ampla levando-se em conta o seu aspecto material (valor) e formal (procedimentalidade), o que somente é possível sob a perspectiva do paradigma pluralista.

Compreender a interação dinâmica do Processo Constitucional com o pluralismo jurídico, tanto do ponto de vista material quanto processual, pois é o Processo Constitucional que avaliará a compatibilidade material desse direito com a Constituição na efetivação dos direitos fundamentais.

Conceber o Processo Constitucional Substancial sob a perspectiva da realização dos direitos fundamentais, sob a ótica da teoria do sujeito constitucional,

como substrato teorético para justificar a construção de soluções em casos complexos visando preencher essa lacuna na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Expostos os objetivos gerais e específicos, é possível estabelecer os marcos teóricos pelos quais se deseja alcançar tais objetivos. Considerando que o marco teórico da tese se desdobra em três eixos temáticos – Pluralismo Jurídico, Processo Constitucional e Sujeito Constitucional – e que em torno destes gravitam os trabalhos dos pesquisadores nas áreas de referência mais expressivas, é conveniente explicitar de maneira mais clara e sucinta como se estrutura a tese neste aspecto, observando-se naturalmente que, mesmo de grande relevância, os demais autores são coadjuvantes da estrutura teórica e podem até ser considerados tanto ou mais importantes do que os ora destacados autores, dependendo do contexto em que o tema é desenvolvido.

Contudo, é fruto da própria linha criativa da tese este corte teórico no tocante aos marcos principais, em torno dos quais gravita a extensa gama de estudiosos nas três dimensões constitutivas da essência da presente tese, pelo que passa a expor o seguinte quadro teórico a título de expressar a estrutura da pesquisa com maior precisão metodológica.

Quadro explicativo do marco teórico

Pluralismo Jurídico	Processo Constitucional	Sujeito Constitucional
No núcleo dos juristas, despontam Paolo Grossi, Marcos Augusto Maliska, Antônio Carlos Wolkmer, Edmundo Lima de Arruda Júnior e Ailton Krenak.	Dentre os nacionais, destacam-se José Alfredo de Oliveira Baracho, Rosemiro Pereira Leal, Aroldo Plínio Gonçalves, Zanetti Júnior e Willis Santiago Guerra Filho, William Soares Pugliese e Allana Campos Marques Schrappe.	Entre os nacionais, destacam-se Menelick de Carvalho Netto, que introduziu o pensamento de Michel Rosenfeld no Brasil, e Cassius Guimarães Chai, discípulo da escola menelickiana.
No núcleo sociológico, desponta Eugen Ehrlich, Boaventura de Souza Santos (também jurista).	Dentre os estrangeiros, despontam Elio Fazzalari, Fix Zamúdio e Ítalo Andolina.	Destacam-se: Michel Rosenfeld, como o pensador que construiu a teoria do sujeito constitucional a partir de elementos da teoria freudiana e lacaniana; o trabalho de Jeanine Nicolazzi Philippi, por relacionar direito e lei sob o prisma da psicanálise, o que possibilita uma ponte

		teórica, que viabiliza uma melhor compreensão da complexa teoria de Rosenfeld; o pensamento do jurista e psicanalista Agostinho Ramalho Marques Neto, por conta do pioneirismo de sua atuação vinculando direito e psicanálise no cenário jurídico brasileiro.
No núcleo dos estudos antropológicos, destacam-se Bronislaw Kaspar Malinowski, Edward Adamson Hoebel, Leopold Jaroslav Pospisil e Karl N. Llewllyn, John Griffiths e Sally Falk Moor.		Destacam-se Sigmund Freud e Carl Gustav Jung como estruturadores da teoria psicanalítica e psicológica.

Há ainda os autores antípodas. Estes contrastes são muito importantes na medida em que expressam de forma preponderante as escolas de pensamento que fundaram ou que seguem e que são o ponto de discordância da Tese, sendo essenciais para delimitar posturas adversas aos mesmos em determinados aspectos devidamente assinalados oportunamente, destacando-se os seguintes autores:[2]

Quadro explicativo dos autores antípodas – marco teórico

Pluralismo Jurídico	Processo Constitucional	Sujeito Constitucional
Sem dúvidas, Hans Kelsen é apontado como um referencial antipluralista por excelência, em que pese haver diversos indícios de que sua posição não seria absolutamente esta.	A Escola Instrumental do Processo, introduzida e robustecida pelos estudos de Cândido Rangel Dinamarco, é, sem dúvida, de grande relevância. São seguidores dessa linha de pensamento Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, sendo estes os intelectuais de maior expressão nesta seara.	Considerando a relativa novidade e complexidade da Teoria da Identidade do Sujeito Constitucional, de Michel Rosenfeld, esta tese não identificou opositores de relevância que vissem a contrastar os princípios jus filosóficos e jus psicanalíticos dessa teoria.

[2] Obviamente, as eventuais discordâncias doutrinárias e metodológicas se dão no estrito campo teórico, mantendo-se o mais absoluto respeito pelos autores em tela, até mesmo porque, muitas vezes, o surgimento de novas concepções só foi possível na história da ciência em razão do caminho já trilhado anteriormente por importantes desbravadores no campo do pensamento, o que é a essência do próprio pensamento dialético.

No tocante aos aspectos metodológicos, ressalta-se que buscar-se-á investigar o tema, sob uma perspectiva-descritiva e propositiva, bem como não se olvida de sua dimensão comparativista, lançando-se mão das técnicas de pesquisa bibliográfica, estudos de caso, análise de decisões dos Tribunais, estudo de direito comparado, além de relatos históricos e revisão literária sobre o tema, demonstrando o que se avançou e o que se pode apresentar a título de inovação sobre o tema.

O fluxo da análise de doutrina e jurisprudência do direito nacional, e comparado ao longo da tese, documenta metodologicamente o estudo de tal forma que os resultados são contrastados a todo tempo com a concretização do pluralismo no âmbito processual, o que é fundamental para se perceber de maneira concreta que o pluralismo jurídico é fundamental para a identidade constitucional e o Processo Constitucional Substancial.

Utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica, mas sempre em uma abordagem interdisciplinar, que realize uma interseção entre os saberes construídos que possibilitasse a compreensão mais adequada das questões estruturais que confluem para realização da abordagem do objeto de estudo, delimitadas pelos marcos teóricos elencados. Quanto ao plano de trabalho desenvolvido, este se encontra disposto como demonstrado a seguir.

O Capítulo 1[3] versa sobre a percepção dos processos de mudanças de paradigmas no mundo e no direito desde os pensadores gregos, passando pelos medievos e chegando ao desenvolvimento do conceito de paradigma do físico e filósofo das ciências Thomas Kuhn,[4] desenvolvido em sua maior e mais conhecida obra, Estrutura das Revoluções Científicas (1962), partindo, portanto, da concepção de que, entre as etapas dos vários estágios da ciência, há certos espaços de transição em que, em um dado momento, os saberes não são fruto de processos de cumulação, mas ocorrem transformações em um contexto de rupturas, e a complexidade advém das próprias condições estruturais da pós-modernidade.

---

[3] Em que pese as novas determinações da ABNT no sentido de dividir o trabalho acadêmico por seções e não por capítulos, como constava na norma anterior, tais normativas foram posteriores às etapas de apresentação e aprovação dos Projetos de Tese e Dissertação no âmbito do PPGD-UniBrasil, pelo que, por determinação da Instituição, foi excepcionalmente admitido que os trabalhos pudessem ser redigidos ainda sob a égide das normas antigas, pelo que se adota a denominação "capítulos" e não "seções", como tem sido adotado largamente pela tradição acadêmica.

[4] KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

O paradigma personalista, individualista, europeu e liberal burguês, portanto patrimonialista, modelou o direito brasileiro e regeu os conflitos de interesses, fazendo uso de mecanismos processuais justamente dotados dessas mesmas características – individualista, liberal e burguêsa, em que os conflitos massivos não eram a dinâmica nem as demandas que aqui se poderia chamar de socialmente sensíveis, mas que, no passado, designavam-se por “questões sociais”. Assim, os grandes problemas sociais massivos, como liberdade e, mais tarde, trabalho, moradia, saúde, acesso à terra, liberdades civis e o problema do encarceramento em massa, são todas soluções pensadas em um paradigma de cientificidade que ditou uma racionalidade própria, como substrato das soluções legais.

Após 1988, com a instauração de um novo paradigma de Estado, no caso o Estado de Bem-estar Social, toda a racionalidade jurídica precisa ser reconsiderada no contexto dessa revolução científica e desses novos paradigmas que se impõe a partir de certas instituições jurídicas de matriz constitucional, no sentido de se chegar à concepção da Constituição como um horizonte de sentido pluralista.

O Capítulo 2 versa sobre os aspectos dogmáticos do processo constitucional, trazendo as normas de direito positivo, sua localização na Constituição e seus elementos constitutivos, analisando como e quando se pode dizer que uma norma é constitucional e como se dá o seu processo de reconhecimento enquanto norma de direito fundamental.

Além disso, procura-se demonstrar que o Processo Constitucional pode ser compreendo a partir de duas tradições jurídicas importantes, a norte-americana, que trabalha com a noção de substancialidade processual, e a alemã, que trabalha com a noção de proporcionalidade; e como esses dois extremos são analisados tanto na Suprema Corte dos Estados Unidos da América em seus precedentes, muitos dos quais lançaram luzes sobre o constitucionalismo do mundo todo, quanto na Corte Constitucional Alemã, a qual, inclusive, nos últimos 30 anos vem formatando o Supremo Tribunal Federal no Brasil, nem sempre com o devido senso crítico.

Nessa parte do trabalho serão analisados os fundamentos teóricos do processo constitucional em geral e os elementos do Processo Constitucional Substancial como um primeiro momento de abertura hermenêutica para se dar o acoplamento estrutural com outra teoria do direito, o que permite uma compreensão teórica mais aprofundada e também no plano prático, na medida em que se

reconhece os valores do pluralismo abrigados pela Constituição de 1988, ingressando no cenário hermenêutico os chamados “novos direitos”.

O Capítulo 3 discorre sobre o conceito, o histórico e a vivência do pluralismo em geral e do pluralismo jurídico em específico em suas mais diversas concepções e tradições, analisando-se os elementos característicos do pluralismo jurídico no contexto do processo constitucional substancial, analisando-se o Pluralismo no âmbito do processo e a emergência da doutrina do pluralismo jurídico.

Nesse ponto, são analisadas as estruturas processuais que albergam os conflitos de direitos que se manifestam em sua pluralidade, como os conflitos pelo acesso ao trabalho, à terra, aos direitos dos privados de liberdade e à moradia, apenas para citar algumas situações em que essa pluralidade se manifesta.

O Capítulo 4 analisa algumas incursões necessárias na teoria jurídico-psicanalítica do Sujeito Constitucional, servindo como substrato teórico para a compreensão da Teoria do Sujeito Constitucional, de Michel Rosenfeld. Além disso, aborda as Expressões do Sujeito Constitucional, traz um estudo de caso, analisa as reviravoltas na Suprema Corte norte-americana, enfatizando a sociedade mutante e o papel das Identidades Constitucionais, e examina o conceito de sujeito constitucional.

O Capítulo 5 analisa o Pluralismo do Sujeito Constitucional como vetor interpretativo do Processo Constitucional Substantivo, representando a conclusão do trabalho, onde se desenvolve o cerne e o resumo de toda a tese. Nesse contexto, são analisados o Processo Constitucional Substancial e o Estado Democrático de Direito como elementos essenciais a um Pluralismo Jurídico constitucionalmente adequado, capaz de promover mudanças paradigmáticas. Ademais, são abordadas as Microexpressões e as Macroexpressões do Processo Constitucional Substantivo Pluralista, bem como as cegueiras, as iluminações e os riscos sistêmicos para a Democracia em uma sociedade em redes.

À guisa de considerações finais, é possível assentar que, com os instrumentos conceituais desenvolvidos ao longo do presente estudo, é possível analisar as expressões concretas do Processo Constitucional Pluralista, seja no plano do constitucionalismo latino-americano como uma macroexpressão do processo constitucional substantivo pluralista, seja estudando os Processos ou Litígios Estruturantes como microexpressão do processo constitucional substantivo pluralista.

1 TRANSFORMAÇÕES PARADIGMÁTICAS TENDENTES À CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA PLURALISTA

1.1 PARADIGMAS NA CONSTRUÇÃO TEÓRICA DE GREGOS, MEDIEVOS E NA MODERNA FILOSOFIA DA CIÊNCIA

O que um padre, um terapeuta e dois cientistas, sendo um físico e um filósofo da Ciência, têm em comum? Observe-se a figura de Padre Léo, um padre católico, escritor, missionário e fundador de diversas comunidades terapêuticas para recuperação de dependentes químicos e alcoólatras, em seu leito de dor, pouco tempo antes de falecer, conseguiu concluir seu último livro intitulado *Buscai as coisas do alto*,[5] no qual refletiu sobre a necessidade de uma nova percepção da vida, do homem, do mundo e de Deus.

O livro fala sobre a necessidade de se encontrar o sentido da existência e de prosseguir na caminhada da vida mesmo em meio à dor, ao sofrimento e a desesperança, pois é buscando outra realidade, a do "alto", que se torna possível alcançar a paz e a serenidade em meio a toda a turbulência da existência humana. Vários outros livros foram escritos por esse autor, partindo dos pontos em comum da mística cristã em uma perspectiva religiosa.

Em seguida, observe-se Viktor E. Frankl, um terapeuta e vítima dos campos de concentração nazista. Após sua libertação, além de partilhar sua terrível experiência, fundou uma das escolas vienenses de psicoterapia. Ele é autor dos livros *Em busca de sentido*,[6] *Um psicólogo no campo de concentração*,[7] *O sofrimento de uma vida sem sentido: caminhos para encontrar a razão de viver*[8] e *A presença ignorada de Deus.*[9]

Esses títulos evidenciam os temas destacados, dentre outros, nos quais esboça alguns dos elementos de sua teoria de Logoterapia, vislumbrando uma espiritualidade inconsciente do ser humano no sentido de um relacionamento

---

[5] PADRE LÉO SCJ. **Buscai as coisas do alto**. 93 ed. São Paulo: Canção Nova, 2015.
[6] FRANKL, Viktor E. **Em busca de sentido**. 27. ed. São Paulo: Vozes, 2009.
[7] FRANKL, Viktor E. **Um psicólogo no campo de concentração**. Campinas: Auster, 2021.
[8] FRANKL, Viktor E. **O sofrimento de uma vida sem sentido**: caminhos para encontrar a razão de viver. São Paulo: É Realizações, 2015.
[9] FRANKL, Viktor E. **A presença ignorada de Deus**. Petrópolis: Vozes, 2017.

inconsciente com Deus, com o transcendental imanente a toda pessoa, obras escritas em uma perspectiva psicanalítica.

Luisi e Capra[10] desenvolvem estudos aprofundados em consonância com as mais recentes descobertas científicas e estudos contemporâneos, no sentido de desenvolver uma visão sistêmica da vida, unindo aspectos filosóficos, políticos, sociais e econômicos. Capra descortinou um imenso campo de pesquisa trazendo novas formas de percepção em uma perspectiva holística e servindo de base para os mais diversos estudos com aplicabilidade em diversas áreas.

Em *Pertencendo ao universo*,[11] o autor faz uma ponte entre o conhecimento científico e os aspectos da espiritualidade nos pontos em que se conectam. Em *As conexões ocultas*,[12] o tema da ciência se cruza com o da sustentabilidade, de modo bastante pioneiro, abrindo muitas perspectivas de estudo para os dias atuais, em que o tema é absolutamente indispensável.

Em *O ponto de mutação*,[13] Capra desenvolve sua crítica à física mecanicista e à visão fragmentária da ciência, chamando a atenção para a compreensão sistêmica como um paradigma necessário a ser instaurado no mundo das ciências. Em *A teia da vida*,[14] ele enfatiza a importância de um novo enfoque no tocante aos seres vivos, chamando a atenção para a necessidade de uma visão integradora.

Em *Sabedoria incomum*,[15] o autor traça uma discussão entrelaçando metafísica, religião e saúde. Há outras obras ainda não traduzidas para o português, como também todo o projeto do autor em torno da alfabetização ambiental,[16] que reúne os estudos de Fritjof Capra em um paradigma holístico que emprega um diálogo entre os mais diversos setores das Ciências.

O que o teólogo Léo, o terapeuta Frankl e os cientistas Pier Luigi Luisi e Fritjof Capra têm em comum e qual é o motivo de seus escritos abrirem o primeiro capítulo da presente tese doutoral em Direito? A constatação de uma mudança de percepção do ser humano, uma compreensão mais profunda de um olhar acima de

---

[10] CAPRA, Fritjof. LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida**: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014.
[11] CAPRA, Fritjof. **Pertencendo ao universo**: explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade. São Paulo: Cultrix, 1981.
[12] CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2002.
[13] CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982.
[14] CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.
[15] CAPRA, Fritjof. **Sabedoria incomum**. São Paulo: Cultrix, 1988.
[16] CAPRA, Fritjof. **Ecoalfabeto lórto dei bambini**. Viterbo: Stampa Alternativa, 2005.

tudo, mais misericordioso sobre o ser humano, a natureza e os seres animados e inanimados.

Mas de onde são tomados esses modelos de construção de racionalidades, ora holísticos, contemplando a existência como um todo integrado e de mútua dependência, como a exposta supra, ora mecanicista, decompondo a razão e a forma de atuar no mundo tal qual uma grande engrenagem construída por peças, do que resulta uma visão parcial, insuficiente e, como mais tarde iria se revelar, doentia, inclusive conduzindo a humanidade às portas de um conflito nuclear?

Esses "modelos" de pensamento são criações ditas "paradigmáticas", mas, o que são os "paradigmas" e por que esse é um tema tão relevante, sem o qual não é possível partir para nenhum tipo de discussão sobre qualquer tipo de assunto, não ao menos com um mínimo de seriedade argumentativa?

Quanto às origens históricas da construção do termo "paradigma", achamo-las nas obras clássicas de Platão. Platão cindia a compreensão humana em dois planos – o mundo das aparências, ou o mundo percebido pelos sentidos, e o mundo das ideias, sendo o mundo sensível um pálido reflexo do mundo das ideias no qual residiria a razão suprema da criação, um sol de sabedoria que a tudo criou e de tudo é a causa.[17]

Consta da obra de Platão[18] um diálogo elucidador, que indica a origem histórica do conceito de paradigma.[19] Platão reflete sobre o existir, indagando sobre "o que existe" e o que contêm esse existir. A esta pergunta, responde que o que existe é o que pode ser tocado e entendido. As ideias podem ser entendidas, mas como é possível que o que pode ser tocado possa ser, ao mesmo tempo, percebido como uma ideia? Essas indagações são o começo da chamada "teoria das ideias" de Platão.

---

[17] Richard Tarnas observa que o espaço não era um amontoado de matéria e poeira cósmica, mas, sim, a fonte da ordem no mundo, razão pela qual era fundamental estudar os movimentos celestiais, uma vez que a simetria harmoniosa do cosmos se refletia em uma perfeição espiritual acessível ao ser humano que, ao se dedicar ao divino, despertava em si mesmo a centelha da divindade. Por isso, viveria em harmonia com a ordem cósmica. (TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental**: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008, p. 66).

[18] PLATÃO. **Parmênides (o uno e o múltiplo, as formas inteligíveis)**. Trad. de Maua Iglésias e Fernando Rodrigues. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2003, p. 133.

[19] Seriam as formas preexistentes no mundo das ideias, que depois se conformam aos seres e objetos do mundo sensível. Para Platão, há dois mundos: o mundo das ideias e o mundo sensível, ou seja, o que tem materialidade. De forma sumária, o paradigma seria esse modelo ideal, que se projetou no mundo material e sensível.

Ocorre que para Platão, mesmo que o homem deixe o plano material pela morte, todos os bens, as cadeiras, as mesas, os animais, todos as coisas e os seres deixem de existir , essas realidades continuam existindo.

Os seres e as coisas no mundo sensível, material, existem porque a estes preexistem às suas formas no mundo das ideias. Por exemplo, um cavalo só é um cavalo porque, no mundo das ideias, há o equivalente àquela forma de existência que lhe dá suporte, é semelhante e participa dessa ideia de um cavalo. Aristóteles parte desse ponto, que conecta o ser e a ideia do ser, sua forma. Para Platão,[20] a forma do cavalo não é visível, mas compreensível. Como essas duas dimensões se conectam e coexistem? Aristóteles critica exatamente essa concepção elaborada no âmbito da teoria das ideias de Platão.

Aristóteles vincula a existência de forma e matéria a uma íntima reciprocidade, assim, matéria não pode existir sem forma e forma não pode existir sem matéria. Uma fruta qualquer, uma maçã, por exemplo, tem a estrutura de maçã (forma) e os elementos que a compõe (casca, sementes, sumo etc.), mesmo que idealmente o sujeito que a observa teoricamente separe a maçã em duas instâncias a forma e a matéria em seu pensar, a realidade é uma só, pois a forma e a matéria não se separam, são uma única realidade.

Contudo, se há uma correlação entre o mundo ideal e sensível, conforme a perspectiva dualista de Platão, surge a questão: para reconhecer a forma, é necessário, antes de tudo, ter em mente que essa forma está intrinsecamente ligada a uma ideia abstrata. Essa ideia abstrata projeta a forma, proporcionando a certeza de que a representação dessa forma corresponde, de fato, à idealização da forma em si. Nesse contexto, as formas são entendidas como a realidade subjacente, enquanto o mundo sensível é percebido como a manifestação aparente dessa realidade.

Platão ilustra a dicotomia entre o real e o ideal ao escalonar a experiência dos homens que viviam na caverna e que viam somente as sombras da realidade. Quando se libertam da caverna e se descobrem fora passaram não mais a observar

[20] Richard Tarnas assenta que, na obra *Timeu*, no diálogo cosmológico de Platão, as estrelas são descritas como as imagens visíveis de divindades imortais e seus movimentos harmonicamente ajustados eram paradigmas da ordem transcendental. Deus, como um artista e artesão primordial, como designado no texto com o nome de “Demiurgo”, formou o mundo do caos, criou uma matéria primeira da qual se serviu para a criação dos céus, como a imagem da eternidade em movimento, traçando seus rumos a partir de perfeitas ideias matemáticas, origem dos padrões do tempo. (TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental**... p. 66).

a sombra de um cavalo, a sombra de uma árvore, de um cão ou de um homem, mas sim suas formas reais.

Desta maneira, o objeto pode ser predicado, pode-se dizer do objeto ser bom, mal, belo, feio, homem, mulher, sofrer ação ou causar a ação que consistirá justamente nas diversas "categorias" aristotélicas, mas o homem ideal como pode ser predicado? Tais características farão com que o homem ideal (forma) se torne igual ao objeto, igual ao homem do mundo sensível fará com que a forma, sendo uma coisa, necessite participar de outra forma para existir.

Se assim se der, uma forma precisa de outra forma para lhe dar existência que, por sua vez, precisará de outra forma e assim sucessivamente, infinita, dando-se um regresso infinito, de onde advêm a conclusão de que a teoria de Platão é insustentável racionalmente.

O erro de Platão consistiria nessa separação, em que as formas têm um estatuto ontológico a ponto de cada forma ser um ente e, se o ente pode ser predicado, qualificado e precisa de outra forma, logo não se pode separar as formas. Platão conduz o pensamento ao regresso infinito, daí surgirá o argumento do "terceiro homem", ou seja, será preciso outra instância de sustentação que fundamente esse esquema de forma e sua projeção na matéria.

A forma existente no mundo ideal, ao se transformar no objeto do mundo empírico passível de ser predicada, qualificada, se transformaria um objeto empírico, à condição de ser ela também um objeto, mas isso reclamaria outra forma. Esse regresso infinito é o tropeço de Platão; não fecha a equação racional que justifique sua dualidade mundo sensível-mundo ideal. Para Aristóteles, não há como separar forma e objeto.

As formas para Platão são "paradigmáticas", ou seja, seriam modelos perfeitos existentes no plano espiritual das ideias, que teriam seu correlativo no mundo sensível. Não se tem como saber isso do nada. Se o sujeito que observa a forma a relaciona com sua idealização, seria preciso haver outro elemento que o leva a essa percepção. Segundo Aristóteles, para compreender essa idealização, seria preciso outra idealização, e para compreender essa outra idealização, um terceiro homem seria preciso, outra forma e outra e outra, sucessivamente.

Em suma, nunca seria possível saber nada sobre a forma, já que o processo de regresso à primeira forma nunca terminaria, como em um jogo espectral no qual um espelho reflete a imagem de outro em um enquadramento sem fim. As formas

são paradigmas, modelos daquilo que são as coisas sensíveis. São as coisas sensíveis de uma forma completa, perfeita, sem o germe da mutabilidade, da alteração, da decadência.

Se a forma é a representação perfeita dos seres, para Platão ocorre uma predicação, ou seja, cavalo, casa e homem, por exemplo, podem ser objetos de sentenças, atribuindo-lhes qualidades e valores, mas em relação às formas não, porque passariam a ser predicadas, pois implicarão a pressuposição de que, para assim ser, dependerá de um regresso infinito. Nisso consiste o problema filosófico da predicação, o problema do terceiro homem que é a objeção de Aristóteles ao dualismo platônico.

A predicação que conduz a esse regresso infinito é algo que afeta toda a estrutura de pensamento e se espraia por todas as áreas, seja no plano da linguagem, quando o explicador usa termos para explicar as ideias que, por sua vez, necessitam de outros termos para esclarecer os termos esclarecedores, que precisam de outros termos e, assim, de forma infinita e regressiva, nunca chegará a concluir a explicação. Seja no plano do direito, em que uma norma fundamenta a outra e assim sucessivamente até se chegar a última norma que, logicamente, não poderá ser explicada, assunto este atinente à temática da validade e da eficácia das normas jurídicas, que será tratado bem mais à frente.

Platão[21] relata o debate entre o jovem Sócrates e Parmênides. Este indaga se todas as coisas constituem as ideias, para admitir que “tudo consiste em pensamento e tudo pensa, ou que, apesar de ser pensamento, não pensa nada?”. Tais conclusões não teriam sentido, ao que Platão responde ser mais plausível é que “estas formas estão na natureza como paradigmas; e que “as outras coisas se parecem” com elas e “são semelhanças delas”, e que essa participação de outras coisas nas formas faz das coisas justamente as “imagens das formas”.

Parmênides replica assentando que se alguma coisa se assemelha à ideia, será possível não ser a cópia semelhante à ideia, na medida em que a ela se assemelha? Ou haverá jeito de semelhante não ser semelhante ao semelhante? Sócrates e Parmênides trocam farpas intelectuais e discutem até que ponto seria possível que as coisas se assemelhem às formas, e nem a ideia se assemelha a qualquer outra coisa, pois, se assim fosse, surgiria sempre uma nova forma, sem

[21] PLATÃO. **Parmênides (o uno e o múltiplo, as formas inteligíveis)**... p. 133.

nunca parar essa formação de novas formas, dado que a ideia venha a parecer-se com o que dela participa.

Os debatedores acabam concluindo que “não é pela semelhança que as coisas participam das ideias; será preciso procurar outra modalidade de participação” o que indica que a criação de construções mentais paralelas, até parecidas, são necessárias na circulação das ideias sob risco de estas se estagnarem. Mas não se trata de simples cópias; coisas e ideias podem se assemelhar, mas não são iguais.

Sobre a análise do pensamento grego, nota-se uma abordagem diferenciada em relação à maneira clássica como esse debate tem sido conduzido ao longo dos séculos. Destaca-se que esse entendimento é intrinsecamente ligado à tese, sendo imperativo direcionar quaisquer equívocos de avaliação a essa análise específica. É a partir dessa "semelhança" que surgem modelos capazes de traduzir determinadas ideias, escapando da mera reprodução. Se assim não fosse, a pluralidade inerente ao ser e às coisas seria anulada, contradizendo a própria ordem natural e social. Nesse contexto, torna-se evidente que ser igual e idêntico repugna a natureza e o psiquismo, sob a perspectiva do pensamento grego.

Tais questões são pertinentes para discutir certos aspectos da ciência atualmente, como a possibilidade da criação de clones e a produção em massa de robôs idênticos, sem autonomia ou vontades diversas. Elas também abordam os desafios relacionados à inteligência artificial e remetem às projeções da ficção científica, como as guerras clônicas executadas por exércitos de robôs exibidas na série “Guerra nas Estrelas”, de George Lucas,[22] ou perante a forma como tribos primitivas em várias partes do mundo e na Amazônia brasileira tratam a questão do nascimento de gêmeos na tribo e a questão ética do genocídio porque nasceram iguais. É como se, de alguma forma, passado, presente e futuro estivessem conectados em algum ponto e inacessíveis à plena compreensão humana, mas, mesmo assim, querendo dizer algo que não pode ser ouvido.

Tudo se conecta com as primeiras indagações dos gregos em torno dos movimentos da natureza e a sagaz observação do filósofo. Ao afirmar que “não é pela semelhança que as coisas participam das ideias, será preciso procurar outra modalidade de participação”, Sócrates abre caminho para as mais variadas e

[22] CORDEIRO, Angelo. Conheça George Lucas, criador do universo “Star Wars”. **Cinebuzz**. 21 jun. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3vUSa3k. Acesso em: 27 set. 2023.

complexas experiências em torno da construção de padrões mentais e novas racionalidades, o que a Filosofia da Ciência atualmente designa “paradigmas”, para expressar a ideia de “modelo ou exemplo”.[23]

Mas há outros momentos em que o tema dos paradigmas é analisado. Nesses diálogos analisados, constantes em *Parmênides*, surge a expressão “paradigmas” no sentido de expressar um padrão a ser imitado, um modelo a partir do qual se compreende e se constitui algo.

Em outra obra, na introdução ao “Timeu-Crítias[24]” de Platão há uma nota explicativa no tocante ao termo paradigma. Consta que este conceito muito embora seja decisivo no processo cosmológico, não é curiosamente, objeto de uma reflexão metanarrativa, como acontece, por exemplo, com o “demiurgo”.

Para Platão a figura do demiurgo reveste-se do sobrenatural, trata-se do artesão divino, o princípio organizador do universo personalizado que não cria a realidade, mas a arquiteta, organiza os elementos caóticos preexistentes através da imitação de modelos eternos e perfeitos, é o próprio princípio criador, responsável pela governança universal, está presente nos movimentos dos corpos celestes, espelham processos de paradigmas, modelos para o homem.

O intelecto humano deve se amoldar a estes modelos preexistentes, assim o intelecto se identifica com a alma do próprio mundo. Platão traz a ideia de que antes de tudo o que foi criado há um princípio organizador, um poder de um criador divino no qual se identifica o grande padrão ou modelo eterno e perfeito que se constitui em um modelo pré-existente segundo o qual a vida sensível se comporta, tudo o que há é a projeção do modelo pré-existente no mundo das ideias.

Em *Timeu-Crítias*,[25] Platão diz ser difícil discernir a vontade do criador do mundo; se teria imaginado um arquétipo imutável e inalterável ou um arquétipo do vir a ser, um devir que se constitui em um fluxo permanente, ininterrupto, que opera como uma lei geral do universo, com o poder de criar, transformar ou dissolver as realidades existentes. Enfim, indaga Platão, se olhando para os modelos pré-existentes à realidade sensível tudo já é ou tudo ainda virá a ser.

---

[23] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 80;712;742; TOZZINI. Daniel Laskowski. **Filosofia da Ciência de Thomas Kuhn**: conceitos de racionalidade científica. São Paulo: Atlas, 2014, p. XIII.

[24] PLATÃO. **Timeu-Crítias.** Tradução de Rodolfo Wpes. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2011, p. 35-36.

[25] PLATÃO. **Timeu-Crítias**... p. 95.

O termo “arquétipo”[26] é também compreendido como um modelo, um exemplar original do qual surgirá uma série. Platão concebe uma dualidade de mundos: um ideal (das ideias ou mundo espiritual) e outro sensível (as coisas como são percebidas e sentidas no mundo). Os modelos das coisas sensíveis estão sempre no mundo ideal, sendo ideias que preexistem na mente do ser divino, na mente de Deus, e são o modelo de todas as coisas. A diferença crucial é que esses modelos representam a parte da existência que não perece, não sofre corrupção, sendo eternamente jovens, belos e eternos.

O arquétipo para Platão são modelos das coisas sensíveis, mas qual é a origem desses modelos, desses paradigmas? Para Platão, são as ideias existentes na mente de Deus, como modelos das coisas criadas. Essas concepções estão presentes na obra de Plotino, um pensador importante do qual se serviu Santo Agostinho em seu itinerário intelectual. Mas Deus apenas pensa, idealiza e as ideias de materializam ou é preciso mais do que isso?

Seja em uma situação ou em outra, não se altera a concepção de que a origem de tudo é o ser divino. Obviamente, são muitas as questões levantadas, e até mesmo se Platão teria ou não elaborado uma teoria das ideias tardia, na qual ele teria até mesmo negado a existência de ideias que havia anteriormente concebido. Como iluminação a essa questão, *Sir* David Ross[27] indica a obra *Sétima Letra*, um dos últimos escritos de Platão, na qual, ao seu ver e na análise de um número de expressivos platonistas, não teria existido essa revisão ou a existência de uma teoria tardia.

Assim, a dualidade platônica evoca todas essas questões, sendo certa a necessidade de delimitar o tema central e defenestrar as questões periféricas tanto quanto possível. Mas isso também é apenas um exercício aparente e ilusório, pois nada está desconectado. Apenas por questões de jogos mentais de autocompreensão e racionalidade se convenciona captar o que é mais acessível ao intelecto captar, apenas um momento em um universo de imensas de possibilidades.

A função dessa inserção nos conceitos de ordem filosófica tem a finalidade de aclarar as ideias centrais que se apresentam. Nesse sentido, as origens da terminologia e suas nuances, especialmente no que se refere à ideia do paradigma,

---

[26] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 80;712.

[27] ROSS, *Sir* David. **A teoria das ideias de Platão**. p. 140. Disponível em: https://bit.ly/48LIOpc. Acesso em: 29 set. 2023.

são exploradas até esse ponto, sem se adentrar em uma discussão mais específica sobre sujeito e objeto.

Afinal, não se pode esquecer a advertência de Artur José Diniz,[28] que alerta que abordar o sujeito ou objeto nos levaria a sucumbir à tentação de "enveredar pelos caminhos obscuros da Teoria do Conhecimento . Isso porque, ao discutir esses temas, emergem no cenário conceitual questões que evocam reflexões sobre aquilo que se conhece, sua existência e a complexa interação entre conhecimento e realidade.

Após a construção filosófica de Platão e Aristóteles e a pavimentação racional da construção dos grandes modelos de ser e de existir e suas fundamentações inicialmente filosóficas e posteriormente teológicas, o próximo pensador que marcou de maneira significativa a história da civilização ocidental cristã foi Aurelius Augustinus, também conhecido como Agostinho de Hipona ou Santo Agostinho.

As páginas de sua obra mais conhecida, *Confissões*, têm comovido aos espíritos de todas as épocas. A densidade poética, psicológica e filosófica com que Agostinho trata o tema da verdade é comovente. É o próprio espírito da história, ansiando por uma verdade sobre a qual Agostinho, na construção da subjetividade, antecedendo em séculos os tratados de psicologia, lamenta o tempo perdido que não foi empregado em sua busca da verdade, único sentido do viver, ao declamar: “Tarde te amei, verdade tão antiga e tão nova”. E não seria essa a história de cada ser vivente, sempre tardios no encontro consigo mesmos e mais tardios ainda no encontro com a verdade. Consta das *Confissões*:[29]

> Tarde te amei, ó beleza tão antiga e tão nova! Tarde demais eu te amei! Eis que habitavas dentro de mim e eu te procurava do lado de fora! Eu, disforme, lançava-me sobre as belas formas das tuas criaturas. Estavas comigo, mas eu não estava contigo. Retinham-me longe de ti as tuas criaturas, que não existiriam se em ti não existissem. Tu me chamaste, e teu grito rompeu a minha surdez. Fulguraste e brilhaste e tua luz afugentou a minha cegueira. Espargiste tua fragrância e, respirando-a, suspirei por ti. Eu te saboreei, e agora tenho fome e sede de ti. Tu me tocaste, e agora estou ardendo no desejo de tua paz.

---

[28] DINIZ, Artur José Almeida. Filosofia e Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. v. 25, n. 18, p. 167, 1977. Disponível em: https://bit.ly/3uiDDOo. Acesso em: 29 set. 2023.

[29] AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução: Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1984. Livro X, Capítulo XXVII, p.173. Coleção Patrística.

No que diz respeito ao tema dos paradigmas, este, ao final, remete à questão mais antiga e problemática da história e, por isso, da história da Filosofia: a questão da verdade. É importante destacar que não se trata de idealizar o mito do acesso do homem à verdade absoluta. Essa concepção ultrapassa todos os limites do conhecimento humano, sendo ilustrada de maneira apropriada por meio de uma fábula cristã.

Um exemplo marcante para ilustrar esse postulado é o caso de Agostinho. Dentre as inúmeras lendas da tradição cristã,[30] relata-se que por volta do ano 415 da era cristã, ao entardecer, um homem com expressão profundamente pensativa caminhava pela praia. Engajado em um estudo extremamente desafiador, sentiu a necessidade de tomar o ar da tarde para espairecer.

Agostinho debatia-se com questões intrincadas, para as quais ninguém no mundo conhecido possuía explicações. Nesse momento, ele trabalhava na obra mais tarde intitulada *De trinitate*,[31] ou *Sobre a Trindade,* uma das contribuições doutrinárias mais complexas e densas para a Igreja, e uma das obras mais significativas em termos de abstração filosófica. Conta-se que, naquela tarde, algo misterioso ocorreu.

Agostinho viu um menino que corria até o mar com uma concha rosa e depositava a água coletada em um pequeno buraquinho. Ele ia e voltava em frenesi. Agostinho sentou-se ao lado do buraco e perguntou ao menino do que ele estava brincando; a criança respondeu que estava enchendo o pequeno buraco com toda a água do mar.

Comovido com a inocência da criança, Agostinho lhe disse que seria muito difícil, para não dizer impossível, tal intento, ao que lhe respondeu o menino, com um olhar profundo e misterioso, que era mais fácil encher aquele pequeno buraco com uma concha trazendo toda a água do mar do que o ser humano compreender o mistério da Santíssima Trindade, justamente o tema sobre o qual o pensador se debruçava.

Ao longo dos séculos, os grandes pensadores se perguntam sobre essa lenda: Quem seria aquela criança? Seria um anjo? Afinal, nas Escrituras tem tantos

---

[30] RIBEIRO, Alexandre. Santo Agostinho e o menino que despejava o mar num buraco na areia. **Aleteia Brasil**. 19 jan. 2016. Disponível em: https://bit.ly/47T7VVN. Acesso em: 27 set. 2023.
[31] AGOSTINHO, Trindade. **De trinitate**. Lisboa: Paulinas, 2007.

casos relatados dessas manifestações sobrenaturais. Seria aquela criança o próprio Cristo e, portanto, na crença ocidental cristã, seria a própria verdade?

A história revela um fato objetivo que a ciência cada vez mais confirma: é possível preencher os pequenos espaços de ignorância na história, assim como o menino misterioso trazia água em sua conchinha rosa. No entanto, absorver todo o oceano de conhecimento é uma tarefa racionalmente pouco provável.

Curiosamente, 1.500 anos depois, a Astrofísica e a Física Quântica explicam que se pode concentrar uma quantidade de massa e comprimi-la de tal modo que a cabeça de um alfinete pode conter a massa de milhares de estrelas e planetas. Os estudos sobre buracos negros, que exploram a concentração de massa, e a análise da contenção de energia no átomo são duas faces de um mesmo fenômeno. Ambos desafiam a lógica humana, e compreendê-los é uma tarefa extremamente difícil. O mistério envolvido é vasto, destacando a pequenez do ser humano diante das grandezas do mundo interior e exterior, no macro e microcosmos.

O desafio da verdade e sua completa compreensão constituem elementos fascinantes e, ao mesmo tempo, assustadores na Filosofia da Ciência. A presente tese ousa propor a ideia, ou ao menos a intuição, de que a indagação teológica e filosófica sobre como é que pode haver três pessoas distintas – Pai, Filho e Espírito Santo – em um mesmo e único Deus é algo tão intenso ao longo da história ocidental que poucos percebem que a própria teoria política fundacional do Estado Moderno, criada inclusive à luz de pensamentos não religiosos e até mesmo contrários à religião, estruturam uma sociedade gerida e centrada na figura do Estado. Esse ente único e poderoso se constitui de três instâncias – a julgadora, a executora e a legisladora.

A Santíssima Trindade se estrutura a partir da ideia de um Deus composto de três pessoas. O Pai é representado como o juiz supremo; o Espírito Santo é considerado o criador e mantenedor das leis, trazendo ordem cósmica ao caos, dando origem aos mundos e à vida a partir do nada, além de figurar como o executor dos planos divinos. Por fim, o Filho é visto como o redentor e executor tanto dos planos do Pai quanto do Espírito Santo. É curioso haver passado despercebido que a estrutura anatômica e fisiológica do dogma da Santíssima Trindade é exatamente a projeção da figura do Estado.

Em torno de toda essa construção, que começa no século V e avança pela Idade Média até chegar aos dias atuais, existe e se organiza o Estado Moderno

laico, iluminista e, por que não dizer, ateu em muitos casos. Esse Estado se forma como que de um espelho inconsciente daquilo que nega: a divindade e seu mistério indecifrável.

O que conduziu Agostinho de Hipona à sua conversão pessoal, relatada de forma apaixonada em suas *Confissões*, e a construção de uma obra intelectual de grande impacto para a civilização, não foi, no primeiro momento, uma leitura do mundo cristão, nem havia referência ao Deus cristão na dimensão do mundo que o orbitava. Não se falava em uma revelação cristã nem em nada referente ao cristianismo.

Contudo, por exigências da razão, era preciso reconhecer naquele contexto cosmológico as ideias em torno de uma causa primeira: uma razão fundadora do homem e do mundo, a busca de um sol que a tudo ilumina e cria. E foi o pagão e filósofo Plotino quem apresentou a Agostinho as ideias de Platão, as quais pavimentaram o caminho para a compreensão da revelação cristã. A partir dos estudos de Plotino no século IV, Agostinho de Hipona estabeleceu os fundamentos de seu pensamento filosófico e teológico.

Partindo das construções filosóficas pagãs, criou um caminho reflexivo que chegaria séculos depois até o grande marco da teologia medieval, Tomas de Aquino, que principalmente a partir de Aristóteles criaria um sistema filosófico que jamais deixaria de ser a base do pensamento da civilização ocidental cristã.

Aliaram-se dois elementos importantes: de um lado, no plano filosófico teológico, a filosofia grega e a teologia buscaram explicar racionalmente as causas da existência de Deus[32] e visaram a um discurso de justificação da fé, da autoridade e da existência do próprio Estado, já em vias de construção; e de outro lado, o legado jurídico dos romanos desde Justiniano, acrescido das bases filosóficas gregas.

A concatenação desses arranjos complexos acabou abrindo o caminho para se chegar, tempos depois, até a construção das bases da filosofia política que seria o ponto de partida tanto das concepções do Liberalismo clássico quanto das críticas de base marxista e hegeliana.

---

[32] Richard Tarnas explica que Platão via no homem em contato com os movimentos celestes a origem da razão humana sobre a natureza das coisas, as divisões do tempo e a matemática espelhada no funcionamento do Universo e da natureza. De igual forma, a Filosofia, um presente divino à humanidade, e o Universo eram manifestações vivas da razão divina, em que se manifestava plenamente no orbe celeste. (TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental**... p. 66).

Com o advento dos processos de colonização, iniciados e impulsionados pelas grandes navegações nos séculos XV e XVI, teve início a expansão de impérios. Posteriormente, com a revolução industrial e as complexidades advindas do refinamento do sistema capitalista, as concepções de civilização, de homem e de mundo inevitavelmente se fragmentaram, experimentando um esgarçamento progressivo ao longo do tempo. Esse processo culminou atualmente, nos embates ideológicos, enclausurados em bolhas de alienação ideológica e extremismos, têm desgastado diversos experimentos sociais, políticos e econômicos. Essa sequência de provações parece, por vezes, insuperável.

A Idade Média é vivida em meio à atmosfera da construção filosófica grega, principalmente ao longo da construção da interface de poder temporal e espiritual. As indagações sobre autoridade, poder, construção e legitimação do poder são temas candentes, dos quais depende a própria formatação daquela sociedade, razão pela qual determinados temas, que atualmente talvez não tivessem tanta relevância, eram questões de sobrevivência. Na sociedade medieva, a relação do homem com a natureza se dava ainda em uma dimensão de encantamento, temor e tremor.

O Cristo histórico relatado nos Evangelhos se relacionava com os elementos da natureza, mandava o vento se calar, o mar se aquietar, transformava a substância da matéria vertendo água em vinho e, ao final, a própria morte em vida. Séculos mais tarde, Francisco de Assis traria um choque cultural provocado por sua forma de ser e de se relacionar com os seres. É lendária sua conversa com o lobo, de Gubbio, relatado no *I Fioretti*,[33] no qual admoesta a fera para que não mais ataque as pessoas nem os animais do povoado, ao que o lobo assente com reverência e amizade, em troca de ser alimentado por aquele que o trata como irmão lobo.

---

[33] **I FIORETTI di San Francesco**. Roma: Newton Compton Editore, 1993. Capitulo XXI. Collezione Centopaginemillelire 84. Capítulo XXI: "*E santo Francesco gli parlò così:"Frate lupo, tu fai molti danni in queste partì, e hai fatti grandi malifici, guastando e uccidendo le creature di Dio sanza sua licenza; e non solamente hai uccise e divorate le bestie, ma hai avuto ardire d'uccidere uomini fatti alla immagine di Dio; per la qual cosa tu se' degno delle forche come ladro e omicida pessimo, e ogni gente grida e mormora di te, e tutta questa terra t'è nemica. Ma io voglio, frate lupo, far la pace fra te e costoro, sicché tu non gli offenda più, ed eglino ti perdonino ogni passata offesa, e né li omini né li canti ti perseguitino più". E dette queste parole, il lupo con atti di corpo e di coda e di orecchi e con inchinare il capo mostrava d'accettare ciò che santo Francesco dicea e di volerlo osservare". Allora santo Francesco disse: "Frate lupo, poiché ti piace di fare e di tenere questa pace, io ti prometto ch'io ti farò dare le spese continuamente, mentre tu viverai, dagli uomini di questa terra, sicché tu non patirai più fame; imperò che io so bene che per la fame tu hai fatto ogni male*". Disponível em: https://bit.ly/3Oc9zLh. Acesso em: 1º maio 2023.

Falar com animais, relacionar-se com seres inanimados, sentir-se irmão? Qual sentido isso tem em plena era do progresso, da ciência dos avanços estonteantes das ciências em todos os seus sentidos e sua profundidade? Apesar de o paradigma cristão ter, em sua origem, características pluralistas, holísticas e inclusivas, ao longo do tempo, novas formas de perceber o divino emergiram, algumas até negando sua existência. Da mesma forma, as concepções sobre o humano foram reinterpretadas, chegando ao ponto de negar certos tipos de humanidade por meio de construções excludentes, como as raciais. Além disso, a natureza, que inicialmente era vista como parte integrante e intrínseca à divindade, passou a ser muitas vezes considerada uma serva das perversidades humanas.

Isso pode ser constatado a partir do pensamento de Tomás de Aquino,[34] o qual disserta sobre a origem das coisas e dos seres, e indaga se a pluralidade e a distinção seria um atributo vindo da força criadora. Tomás de Aquino[35] responde afirmativamente no sentido de que pluralidade e a distinção das coisas vêm da intenção do agente primeiro, Deus, que, por seu poder, deu existência a tudo, trazendo as coisas ao ser, à existência, por um motivo específico.

Aquino indaga sobre qual seria o motivo de tudo ter sido criado, e responde que a intenção do criador foi comunicar a sua bondade às criaturas, que a representam. Por natureza, a definição do Deus cristão é pluralista, e nisso se irmana às mais diversas concepções de divindade das mais variadas culturas, mas, em um certo ponto da história, isso se perdeu e novas construções de racionalidade foram sendo construídas.

Assim, a concepção de pluralismo que surge na tradição da Filosofia Grega é amplamente acolhida por Tomás de Aquino.[36] Ele a integra em uma racionalidade robusta, atribuindo a origem de toda diversidade única e exclusivamente ao fato de que Deus, em seu gesto criador, extrapolou para tornar a própria diversidade e pluralidade, em todos os sentidos, algo constitutivo da cosmologia medieval. A grandeza da criação em suas infinitas dimensões não pode ser compreendida apenas como uma necessidade imposta pelo próprio princípio criador, mas sim como uma qualidade divina. A bondade, nesse contexto, é vista como a força que sustenta, justifica e embeleza o cosmos.

---

[34] AQUINO, Tomas de Aquino. **Suma teológica**. Questão 47, art. 1º, p. 459. Disponível em: https://bit.ly/3Oi6Z6p. Acesso em: 29 set. 2023.
[35] AQUINO, Tomas de Aquino. **Suma teológica**...
[36] AQUINO, Tomas de Aquino. **Suma teológica**...

Explica que a bondade de Deus não poderia ser completamente representada por uma única criatura. Por esse motivo, muitas e diversas criaturas foram criadas, de modo que aquilo que falta de bondade em uma criatura para representar a divina bondade é suprido por outra. A bondade divina existe de forma natural e simples em Deus, e essa essência se reflete nas criaturas de maneira múltipla e diversificada.

Para imprimir ainda mais essa perfeição, Deus quis que todo o universo expressasse tal qualidade de forma mais acentuada do que nas criaturas consideradas individualmente. A sabedoria divina é a causa da distinção das coisas, e isso é compreendido na expressão atribuída a Moisés, referindo-se à natureza distintiva das coisas pela vontade divina, conforme relatado nas Escrituras, no livro do Gênesis,[37] foi a palavra de Deus que ordenou “Faça-se a luz” e “dividiu a luz das trevas”.

As indagações sobre multiuniversos, às quais os astrofísicos aludem atualmente, não é nada incompatível com o mesmo princípio criador dos gregos ou as mesmas razões criadoras do pensamento medieval. Isso porque a multiplicidade está na natureza e à raiz de todas as coisas, seres, religiões e expressões culturais. Pelas mesmas razões, não teria sentido adotar paradigmas que não reflitam exatamente essa multiplicidade.

As formas de ver, sentir e viver dependem da contextualização de certas formas de pensar. Mais importante do que os próprios pensamentos é compreender por que esses pensamentos fluem em um sentido específico e não em outro. Por que determinados conjuntos e percepções permitem compreender o mundo, a vida, o homem de maneiras tão diversas e, por vezes, tão arbitrariamente conflitantes? Os paradigmas desempenham um papel crucial nesse processo. Franciso de Assis, ainda na Idade Média, abriu uma ponte paradigmática significativa. Ele propôs o paradigma holístico, portanto, pluralista, presente no constitucionalismo andino, e em muito menor dimensão na realidade constitucional brasileira, mas que, sem dúvida, tem muito ainda a realizar.

Paradigmas, racionalidades em conflito e padrões de culturalidade são aspectos essenciais para analisar um ambiente cultural. No universo acadêmico brasileiro, por exemplo, se encontram numerosos pensadores de grande destaque

[37] BAZAGLIA, Paulo. **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus, 2013, p. 33.

cujas bases são fundamentadas na cultura europeia. Muitos deles mergulham profundamente no pensamento dos grandes filósofos da ideologia alemã, alguns até se especializam no pensamento de filósofos como Hegel e Kant, chegando ao ponto de lecionarem sobre essas figuras filosóficas nas próprias instituições alemãs, como é o caso de Joaquim Carlos Salgado.[38]

Esses estudiosos espraiam-se com galhardia nas críticas ferozes de Karl Marx ao capitalismo ou, ainda, vão aos pensadores ingleses e seu empirismo filosófico, ou passeiam pelo pragmatismo norte-americano e inglês. São indivíduos oriundos de diversas origens culturais, como franceses, italianos, alemães, e trazem consigo uma diversidade de matizes e ideias.

O esforço em buscar inspiração em diversas fontes para expressar "sua palavra" é notável. Contudo, por vezes, incorre-se no equívoco de negligenciar a própria realidade enraizada em culturas frequentemente silenciadas. É essencial ouvir vozes dissonantes que emanam dessas culturas. Ailton Krenak, por exemplo, é um porta-voz singular, cuja perspectiva oferece uma visão distinta dos paradigmas de racionalidade europeus e norte-americanos, profundamente enraizados na cultura europeia. Sua voz ressoa em sintonia com o constitucionalismo andino, proporcionando uma contribuição única ao entendimento do mundo em termos de cultura e humanidade.

Obviamente, isso não significa negar o valor ou a importância da formação clássica ocidental, mas, em uma dimensão pluralista é, preciso se abrir outras portas, porque não se pode esquecer que a linguagem também é expressão de tecnologia, de uma forma de fazer algo. Foi com base nessa linguagem tecnológica que a visão eurocêntrica propugnou as grandes invasões continentais nas Américas, na África e no Oriente.

Esse foi o caminho para se implantar sistemas coloniais perversos, exploradores e desumanos. Mesmo assim, atualmente, o neocolonialismo impera com uma linguagem depurada da computação em rede, de inventos, incrementos e tecnologia de ponta, na dominação e controle da fabricação de alimentos, o controle sobre a produção de sementes e, muitas vezes, contando com a matéria-prima que apenas os países submetidos a esse processo neocolonial têm para oferecer.

---

[38] SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996; SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1986.

Independências absolutas não existiram em praticamente nenhum caso; as formas de relação são alteradas, mas os vínculos servis de exploração e enriquecimento continuam, em essência, os mesmos.

Por isso, é preciso buscar uma maneira própria de expressar o "orientalismo", a "latinidade" ou a "africanidade", termos que sequer existem no dicionário da língua portuguesa. Afinal, não foram as colônias que inventaram seus atuais idiomas e a maioria dos valores ou desvalores que vivem. A concretização do sonho da Pátria Grande ainda não se efetivou na América Latina.

É nesse sentido que o pluralismo cultural exige que se busquem todas as formas de pensamento, todas as matrizes de racionalidade possíveis, e é nesse contexto que se analisam alguns aspectos dos escritos de Ailton Krenak, uma voz que destoa da visão eurocêntrica e, por isso, oferece uma visão mais límpida e inovadora de certas realidades locais e globais.

Krenak[39] traz a riqueza da cosmovisão do universo indígena e a complexidade do seu pensamento ao palco das ideias. Assenta que o sentido de humanidade não pode ser compreendido de forma reducionista; não se resume à figura do *Homo sapiens*, mas se estende à imensidão de seres vistos à distância do homem, excluídos pelos 'atos humanos de caça às baleias, a exploração econômica das barbatanas do tubarão, da caça recreativa do leão para o caçador ostentar o troféu nas paredes para demonstrar bravura".

Ailton Krenak[40] afirma que, além do extermínio dos animais motivado por vaidade, interesses econômicos ou pelo simples desprezo pela vida dos seres, há também a matança de todos os outros humanos. Ele argumenta que a finalidade dessas ações é simplesmente servir a outros homens em suas necessidades materiais, sendo tratados como descartáveis, considerados a "praga do planeta, uma espécie de ameba gigante".

O homem idealizado e estilizado, contemplado de forma exclusiva na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é descrito como um ser devastador. A importância e a validade são atribuídas apenas a uma parte da espécie, renegando esse *status* aos demais. Prevalece uma visão de humanidade exclusiva, excluindo caiçaras, quilombolas, povos indígenas e toda a gama de formas de vida deixadas à margem do suposto progresso. Essa concepção prospectiva sugere que tudo que

[39] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 9-11.
[40] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 9-11.

não guarda uma relação de imediata utilidade, interesse ou vantagem é considerado “sub-humanidade”.

Ailton Krenak,[41] ao descrever os tempos da pandemia, referia-se a ideias que dominam o imaginário do homem contemporâneo, criando o que chama de “sub-humanidade”. Ele afirma que, em busca de um horizonte, pratica-se a ética do descartável, tanto em relação aos seres quanto às coisas. O advento de um vírus que afeta a capacidade respiratória do ser humano seria como uma mensagem, indicando que a vida artificial criada pela civilização, por mais complexa que seja, chega ao ponto em que é incapaz de fornecer um simples sopro de vida.

Ele sugere que o vírus é a forma da natureza dizer que essa vida artificial atingiu um ponto de fragilidade, indicando que o homem é vulnerável. Nesse contexto, enfatiza que não é necessário um sistema bélico para erradicar a vida, pois a natureza pode eliminar as pegadas humanas com a facilidade com que se elimina um mosquito. Krenak conclui que "o ser humano não está com nada e esta é a declaração da Terra" em relação à humanidade.

Segundo Krenak,[42] essa constatação de fragilidade deveria inspirar no homem uma vontade de se contactar com “a experiência de estar vivos para além dos aparatos tecnológicos que podemos inventar”. Afirma ainda que a economia e suas exigências são mitos inventados e, para retratar isso, utiliza a metáfora de todos os dirigentes do Banco Central aprisionados em um cofre gigante com a sua economia, pois “ninguém come dinheiro”.[43]

A concepção de Krenak não é ingênua, afinal, a ideia de todos os cânones da economia e seus fundamentos são tão fortes na sociedade atual, que simplesmente romper com esse universo construído à base de tantos e aprofundados argumentos de autoridade desaconselhariam aceitar a aparente e ingênua metáfora apresentada.

Contudo, Ailton Krenak[44] vai adiante sem seu pensamento, fazendo alusão às palavras que ouviu de um líder indígena norte-americano do Conselho dos Anciões do povo Lakota, Wakya um Manee (ou Vernon Foster, em sua identidade civil), repetindo o que diziam seus ancestrais, afirmando que “quando o último peixe

[41] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 9-11.
[42] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 9-11.
[43] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 12.
[44] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 9-11.

estiver nas águas e a última árvore for removida da terra, só então o homem perceberá que ele não é capaz de comer seu dinheiro".

O autor explica que a forma de traduzir essa antiga profecia e a atual realização desta é que o que fundamenta a sociedade construída pela civilização atual, baseada em índices econômicos de ações e humores do mercado, dotada até de sentimentos humanos, como a preocupação com a cotação do dólar, não terá sentido diante de uma natureza em desmantelamento, com suas raízes de sustentabilidade irreversivelmente comprometidas.

Nesse cenário, nem poder político nem poder econômico terão sentido. O ar, antes poluído, foi purificado com a chegada do coronavírus; as águas estão mais límpidas; os peixes e suas existências foram revigorados nos rios e mares; assim como toda a casta de animais e ecossistemas. O mundo, segundo o autor, tornou-se melhor, mais limpo e mais harmônico com a diminuição forçada do ritmo industrial e predatório.

Krenak[45] faz menção aos mitos criacionistas que as lendas indígenas encerram, do tempo em que "a gente era peixe, árvore, antes de se imaginar humano", pois "todos nós já fomos alguma outra coisa antes de sermos pessoas", poeira cósmica, estrelas. Essas lendas são comuns a muitas etnias, tanto no Brasil, nas narrativas dos Guarani e Yanomamis, quanto no norte do Japão, na Rússia, dos indígenas que vivem no Canadá e nos Estados Unidos,

No contexto dessas narrativas, quando os povos originários se referem a um povo como "uma nação que fica de pé", o fazem em analogia a árvores e florestas. Estas são pensadas como entidades, vastos organismos inteligentes, e as substâncias que conectam os humanos com as árvores comunicam-se, percebendo-se a grandeza das florestas do planeta.

Essa percepção cria uma sensação da necessidade de proteger as florestas. Nesse sentido, não apenas a economia, mas o sistema como um todo se mobiliza, trabalhando para uma auto-harmonização em consonância com a natureza, refletindo a compreensão profunda dessas comunidades em relação à interconexão entre os seres humanos e o ambiente natural.

As iniciativas de proteção das matas têm sido insuficientes, por mais que se esforcem em políticas globais. Pequenas posturas são importantes, mas,

[45] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 11-15.

substancialmente, não são capazes de imprimir mudanças significativas. “O aquecimento global vai levar à extinção outras espécies antes de chegar a vez dos humanos; o urso branco do Ártico está mudando aos poucos de cor, a natureza dá sinais de doença e fraqueza”, destaca Krenak.[46]

Para ele,[47] assim como a pandemia impôs a todos um recolhimento, um grito maior pela preservação total do planeta impõe-se como um valor transcendente que congregue a multiplicidade de povos, tribos e constelações de gente espalhados pela Terra, cada um com diferentes memórias de existência. No entanto, ao longo do tempo, foram afastados gradualmente do sentimento de pertencerem à totalidade da vida ao perceberem que podiam dominar pela tecnologia e imperar sobre a terra, a água, os ventos, o fogo e as tempestades, elementos que antes eram dotados de uma natureza mágica e sobrenatural.

Essa dimensão sobrenatural deveria ser natural, compartilhada pela experiência humana, como é vivenciada pelos líderes religiosos, xamãs e pajés. Acredita-se que eles se deslocam entre mundos e dimensões, explorando lugares e tempos. Nesse processo, estabelece-se fraternidade que congrega as mais diversas dimensões: humana, divina, enlaçando animais e seres inanimados. Todos confluem para um todo cósmico.

De todas as críticas que Aílton Krenak[48] faz, conforme a cosmovisão das tradições indígenas, a que mais chama a atenção é que “a tecnologia produzida pelo homem é um brinquedo, uma distração infantil se comparada com os desafios que se apresentam concretamente ante a emergência climática e outras emergências” do planeta.

Ele observa também que “as experiências e os gastos envolvendo as viagens espaciais e a vida fora do planeta são brinquedos imorais de bilionários, e propiciam a toda a humanidade uma imensa infantilidade espiritual”. Krenak ressalta que o preço a ser pago por uma brincadeira de celular é “a catástrofe de se estar devorando o próprio planeta para fazer isso; se está comendo a Terra, mas o planeta é um organismo mais sábio e poderoso do que o homem”, e esse imenso organismo pode “desligar o ser humano quando bem entender e de forma silenciosa”.

---

[46] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 11-15.
[47] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 11-15.
[48] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 51-59.

Ailton Krenak[49] denuncia que o problema para o combustível fóssil, que desde a década de 1990 deveria ter sido abandonado, segundo projeções técnicas, não foi resolvido. Ele destaca que estão "furando o teto do céu"[50] e nada de essencialmente poderoso deixa de ser feito. O pior, segundo ele, é que as novas gerações parecem compartilhar da mentalidade da atual geração, na qual o conforto, os gastos e o consumo os hábitos predatórios não têm fim. Tudo precisa ser novo na mentalidade consumista do capitalismo senão não presta, e quando se aceita renunciar aos confortos antigos, é apenas para substituí-los por outros mais confortáveis e mais novos ainda.

A ciência e seus avanços acabaram projetando a ideia de perpetuação no ser humano, buscando viver mais, melhor e talvez até para sempre. Por outro lado, imagina-se que os recursos nunca serão escassos, que os bens de consumo serão intermináveis e a ciência resolverá todos os problemas. Nessa perspectiva, o planeta seria abandonado, exaurido em suas fontes de vida, em sua multiplicidade e magnificência. Bastaria embarcar em uma nave espacial e partir para uma nova terra, que, inevitavelmente, seria igualmente depredada. Essa é a loucura que, segundo Krenak, o ser humano nutre com sua tecnologia desprovida de reflexão e espiritualidade, visão compartilhada pelos povos indígenas como um todo.[51]

Aílton Krenak[52] considera que não é o vírus que deveria ser demonizado como a praga que veio para consumir o mundo; a verdadeira praga, para o autor, são os humanos. Ele observa que a humanidade se esquece rápido demais das grandes pessoas que colaboraram para que o planeta fosse melhor para todos. Os recursos são finitos, as necessidades reais ou criadas pelo ser humano são infinitas, mas as mudanças significativas não acontecem, e por isso o planeta está

---

[49] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 51-59.
[50] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 51-59.
[51] Obviamente, aqui estamos falando em valores ancestralmente culturais, espiritualidade compartilhada, cosmovisões não eurocêntricas centradas na razão instrumental weberiana que se orienta segundo a lógica da acumulação capitalista. Há uma distinção entre indígenas inculturados, mas que mantêm suas crenças fundamentais sem desconhecerem toda a complexidade da sociedade pós-moderna, o que não significa que deixem de viver seus valores e professar sua visão de mundo oriunda de seu mundo interior. Não é porque os indígenas moram em centros urbanos ou executam tarefas diversas da forma de se viver em uma tribo que renunciaram os seus valores, suas crenças e sua cultura, apenas tentam viver como é possível viver. Situação diversa é a dos indígenas mais afastados e que ainda conseguem viver plenamente sua forma de vida junto a aldeias e povoados predominantemente indígenas.
[52] KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**... p. 59-66.

começando a intervir na caminhada mal sucedida da humanidade para seu autoextermínio e do próprio planeta.

Ailton Krenak[53] traça uma distinção entre a concepção europeia de Estado de Bem-Estar e o Bem Viver na cosmovisão ameríndia. Ele destaca que a preocupação com um Estado de Bem-Estar na Europa pós-guerra, marcada pela estreia da Social-Democracia, liderada por figuras como Willy Brandt, Helmut Kohl, François Mitterrand, entre outros, partia da ideia central de um mundo baseado em uma economia e política que distribuíssem riquezas de maneira equitativa, proporcionando a todos, acesso à educação, saúde, infraestrutura e outros elementos essenciais para a vida. No entanto, Krenak observa que essa visão não se sustentou na Europa como um todo, pois ficou limitada a alguns países ricos, muitas vezes à custa de posturas colonialistas que perpetuavam o capitalismo sem ética, sem pudor diante da subjugação territorial, cultural ou política dos povos colonizados. Esses processos, segundo ele, eram globalmente insustentáveis.

É importante a distinção que Krenak[54] faz, especialmente quando se trabalha com os fundamentos teóricos do Constitucionalismo Latino-americano em torno do conceito do que seria o "*Buen Vivir*", que não é algo que conceitualmente deva se identificar com a forma de sentir ocidental, pois o bem-estar europeu não se identifica com o bem viver ameríndio. O *Sumak Kausai*, ou *Buen Vivir*, em sua essência e definição, não implica necessariamente ter uma forma de vida folgada. Ao contrário, está relacionado a uma experiência de vida fundamentada no equilíbrio entre o que se pode obter da vida e da natureza e o que pode ser efetivamente desenvolvido.

Na cosmovisão ameríndia, a cidadania implica até mesmo em se renunciar ao conforto e à mentalidade consumista, descartável e imediatista. Ela parte de uma concepção coletivista, não se institui e constitui o ser cidadão dessa comunidade, sem que isso se dê em um contexto de solidariedade e corresponsabilidade social que inclua uma reverência profunda e sagrada para com a Terra. Compreendendo essa noção e essa ontologia particular, é comum visualizar um rio (*Watu*) como um ser vivo dotado de atributos como personalidade, humor e vida, ou uma montanha (*Takukrak*) que possua sentimentos e interaja com

[53] KRENAK, Ailton. **Caminhos para a cultura do bem viver**. São Paulo: Cultura do Bem Viver. 2020, p. 9-11. Disponível em: https://bit.ly/48QdqWz. Acesso em: 29 set. 2023.
[54] KRENAK, Ailton. **Caminhos para a cultura do bem viver**... p. 9-11.

o ser humano.

O rio expressa sua insatisfação de forma peculiar quando as represas cortam seu caminho, manifestando-se por meio de enchentes e imensos alagamentos. Essa é sua maneira de queixar-se contra a violência que lhe é infligida. Ailton Krenak[55] conta que o mesmo rio que protagonizou a tragédia das barreiras em Minas Gerais era tema de antigas histórias. Os antigos “falavam com o rio”, e ele se queixava, explicando por que estava inundando tudo.

O rio é considerado um ser vivo, dotado de personalidade, e assim como irmãos que às vezes se desentendem, um rio também pode ficar dias sem falar, apenas se revoltando. Rios e montanhas também têm o poder de se calar. Isso pode parecer absurdo, mas é parte da cosmovisão ameríndia, observa Krenak.

Há pessoas que abraçam e conversam com carros, postam imagens nas redes sociais com grandes fitas vermelhas, beijam os carros, mas se forem flagradas acariciando as águas de um rio ou abraçando uma árvore, isso poderia parecer loucura. Esse é precisamente o tema dos textos de Krenak e os ensinamentos de seu povo sobre um outro nível de racionalidade, outra dimensão relacional, ontológica e espiritual que simplesmente não pode ser compreendida no contexto da cosmovisão eurocêntrica,[56] capitalista, materialista e cada vez mais afastada das práticas espirituais, especialmente entre os jovens, que nutrem uma incredulidade e desconfiança generalizadas em crenças, religiões e líderes religiosos.

Toda a constelação de povos[57] que originou os povos Kadiwéu, Krenak, Terena, Xavante e Yanomami compartilha de um mesmo sentimento de vínculo com a ancestralidade em uma longa linha de história milenar e de culturas cujos relatos, valores e crenças foram sendo transmitidos por tradições orais legados por uma língua muito antiga.

---

[55] KRENAK, Ailton. **Caminhos para a cultura do bem viver**... p. 25.

[56] Para ilustrar essa afirmação, basta relembrar o argumento absurdo de que povos indígenas não precisam de tantas terras. Isso é medir-se a partir da própria pequenez. De quanto espaço livre necessita um pássaro para viver sua forma de vida? Um apartamento de 200 m^2 seria o suficiente para abrigar seu corpo leve e emplumado? Muito grande. Uma gaiola dourada de alguns centímetros seria mais do que suficiente para abrigar o corpo do pássaro, mas não seu espírito de liberdade, do qual foi dotado instintivamente. Isso demonstra o quão longe a civilização não indígena está de compreender as diversas formas dos nativos compreenderem a si mesmos, ao outro e o meio ambiente com quem interagem.

[57] KRENAK, Ailton. **Futuro ancestral**. São Paulo: Schwarcz S.A., 2022, p. 24.

Explica Aílton Krenak[58] que a origem da concepção de um “Bem Viver” é partilhada pelos povos dos Andes Quechua, Aymara, que partem de uma visão de mundo em que a Terra é Sagrada. A Mãe Terra, conhecida como *Pachamama* ou, ainda, “coração da Terra”, expressa muito mais do que a simples compreensão intelectual ocidental linguística pode apreender. A expressão *Sumak Kawsai*, compartilhada pelos povos andinos Quechua e Aymara, assim como pelos indígenas brasileiros, indica um modo de estar no mundo que integra pessoas, seres e o mundo, refletindo a cosmovisão desses povos. O significado vai além do linguístico, abrangendo riquezas nos planos psíquico, espiritual e cultural.

É possível comparar as vantagens econômicas que o represamento de um rio pode trazer para a sociedade e os lucros para seus acionistas com o seguinte valor expresso por Ailton Krenak,[59] que fala da sacralidade do Rio Doce (*Watu*) em Minas Gerais, onde as crianças eram banhadas com poucos dias de vida em um ritual sagrado:

> À noite, suas águas correm velozes e rumorosas, o sussurro delas desce pelas pedras e forma corredeiras que fazem música e, nessa hora, pedra e água nos impactam de maneira tão maravilhosa que nos permitem conjugar o nós: nós-rio, nós-montanhas, nós-terra. Nos sentimos tão profundamente imersos nesses seres que nos permitimos sair de nossos corpos, dessa mesmice da antropomorfia, e experimentar outras formas de existir. Por exemplo, ser água e viver essa incrível potência que ela tem de tomar diferentes caminhos.[60]

A visão sistêmica, fundamentada tanto em experimentos científicos quanto em doutrinas filosóficas de diversas matizes, indica um processo crescente de desequilíbrio na natureza. A busca por uma perspectiva que integre o ser humano psicologicamente consigo mesmo, como condição para relacionamentos saudáveis, surge a partir de um diálogo profundo com o transcendental. Essas são aspirações do homem moderno ou pós-moderno, conforme preferir denominar.

Não é que essas aspirações não existissem anteriormente. A natureza humana sempre se voltou, em seu íntimo, em busca de um sentido, em uma eterna jornada para além de si mesma. Nenhuma teoria materialista conseguiu dissipar essa marca indelével do ser humano: a transcendentalidade. No entanto, mais do que em tempos precedentes, a vida no planeta Terra tem passado por transformações drásticas.

---

[58] KRENAK, Ailton. **Futuro ancestral**... p. 24.
[59] KRENAK, Ailton. **Futuro ancestral**... p. 24.
[60] KRENAK, Ailton. **Futuro ancestral**... p. 24.

A tecnologia, o crescimento populacional e os modelos construídos para nortear a existência humana revelam-se desumanos, cruéis e excludentes em relação aos pobres, animais, seres e sistemas da natureza. Agora, em escala global, essas transformações colocam em risco a sobrevivência das próprias espécies, incluindo o ser humano.

Essa percepção da realidade no campo da ciência toma a forma de modelos científicos explicativos dos fenômenos, e nos últimos tempos tem sido alterada significativamente. Com o advento de instrumentos de observação cada vez mais precisos e poderosos, descobertas têm sido feitas, questionando teorias estabelecidas. Por exemplo, a possibilidade da existência de universos anteriores ao universo conhecido é uma ideia que desafia a teoria do *Big Bang*, a qual se baseia em um modelo teórico que sugere que o universo está em constante expansão e resfriamento após bilhões de graus, pouco depois do momento inicial do surgimento da matéria, conforme imaginado anteriormente pelas teorias da Relatividade de Einstein.

Contudo, telescópios superpotentes como o Hubble[61] têm enviado imagens que permitem certas leituras por comprimento de ondas aos astros físicos. Isso começa a levar a comunidade científica a repensar teorias, uma vez que identificaram como “pano de fundo” do vazio cósmico algo que não é nem matéria nem energia no estado e da natureza conhecida pelos cientistas, mas algo que está “afastando as galáxias”.

Esse “material” é denominado “energia escura”, uma descoberta que relativiza os conhecimentos do universo até então, levando até mesmo a se pensar se não haveria outros universos criados muito antes do que se imagina, ou até mesmo que a criação das galáxias seja um processo contínuo. Essa ideia se coaduna com a construção judaico cristão e de outras tradições religiosas, da figura de um ser “criador”.

Por outro lado, no plano subatômico, nem mesmo as partículas dos átomos se movem com a precisão, a frieza e o mecanicismo que se imaginava. São imprecisas, incertas e, dependendo de como e quando são observadas ora se

comportam de uma forma, ora de outra, de acordo com a teoria do princípio da incerteza de Werner Heisenberg, formulada em 1927.[62]

No tocante ao mérito dos paradigmas em competição, nem sempre o tempo transcorre de maneira síncrona com as normas científicas. Isso pode ocorrer em relação à impossibilidade da mensuração de elementos, como tempo e espaço, surgindo assim a dificuldade de se analisar os paradigmas da ciência de Aristóteles e de Galileu.

O fato é que há momentos decisivos para a ciência, e não raras vezes a comunidade científica precisa decidir se continua trabalhando com o paradigma dominante ou se é hora de buscar um paradigma alternativo que talvez se revele mais eficiente, pois se imporia no futuro. Isso diz respeito a uma escolha prática, e se futuramente se constatar que não foi uma boa escolha, não seria o suficiente dizer que foi uma escolha "irracional", se ela foi tomada com base nas informações disponíveis no momento dessa escolha.

Exaurido o contexto histórico-temporal do surgimento conceitual do paradigma a partir das ideias de Platão, problematizadas por Aristóteles e depois por Agostinho de Hipona, este tópico tem a finalidade de expor o tema dos paradigmas como uma categoria indispensável e central na análise das questões propostas.

É necessário prestar atenção especial a essa temática, considerando até mesmo a inflação de sentidos que se tenta dar ao termo atualmente, sem uma análise mais acurada do seu sentido, do peso desse conceito, de sua importância e da necessidade de sua compreensão mais detida, pois é justamente essa a base da construção de importantes discussões sobre o atual estágio da Filosofia da Ciência.

A noção de "paradigmas" desenvolvida por Thomas S. Kuhn[63] é fundamental para a compreensão da forma como os conhecimentos são construídos e se apresentam. Não mais vistos como saberes cumulativos, mas inseridos em um contexto de rupturas e complexidade advindas das próprias condições estruturais da pós-modernidade.[64]

---

[62] SILVA, Vinicius Carvalho da. **O "princípio da incerteza" de Werner Heisengerg e suas interpretações ontológica, epistemológica, tecnológica e estatística**. 2014. Disponível em: https://bit.ly/3u9Jfun. Acesso em: 1º maio 2023.

[63] KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

[64] Ciente das polêmicas em torno de modernidade e pós-modernidade, não se discute, neste momento introdutório, se a utilização de tais denominações seriam apropriadas ou não; apenas se mencionam tais conceitos para ressaltar a situação de extrema complexidade em que se converteu o mundo na virada do século XX para XXI.

Isso ocorre seja pela falta de percepção do que é hoje geralmente compreendido, seja pelo desenvolvimento de uma consciência compartilhada, como discutido por Kuhn,[65] que envolve o sentimento de interdependência entre todos os seres e a consequente humildade diante da inesgotável verdade eternamente perseguida pelo ser humano.

A origem do termo paradigma[66] (*parádeigma*), transliterado para o latim, resultou no termo paradigma, o qual é manuseado na língua portuguesa apresentando a mesma forma de escrever. Na tradução latina, usa-se o termo paradigma, sendo definido na língua portuguesa como um "substantivo masculino que designa um modelo ou padrão".

O termo também é empregado na linguagem filosófica, e na Filosofia da Ciência, foi popularizado nos estudos de Thomas Kuhn. Indica um processo de realizações científicas que geram modelos ou, ainda, podem se referir a um conjunto de elementos linguísticos que ocorrem nos mesmos ambientes.[67] Tem um sentido de compartilhamento de visões de mundo e de experiências de um proceder metodológico em comum.

O pressuposto epistemológico de qualquer discussão científica implica na percepção dos processos de mudanças de paradigmas no mundo e no mundo das ciências, incluindo, de forma especial, o direito por ser o objeto de estudo da presente tese, tomando-se o conceito de paradigma do físico e filósofo das Ciências, Kuhn, desenvolvido em sua obra mais significativa, *A Estrutura das Revoluções Científicas* (1962).

Parte-se, portanto, da concepção de que entre as etapas dos vários estágios da ciência há certos espaços de transição. Em dado momento, os saberes não são o fruto de processos de cumulação, mas ocorrem transformações em um contexto de rupturas, e a complexidade advém das próprias condições estruturais da pós-modernidade.

No prefácio do livro *A Estrutura das Revoluções Científicas*, Michel Ghins[68] explica que a prática científica dentro da tradição filosófica norte-americana se estabelece no sentido de resolver problemas. A teoria científica se apresenta

---

[65] KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**... p. 232-237.
[66] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.
[67] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**...
[68] GHINS, Michel. Prefácio. *In*: TOZZINI, Daniel Laskowski. **Filosofia da ciência de Thomas Kuhn**: conceitos de racionalidade científica. São Paulo: Atlas, 2014, p. xiii.

prioritariamente como um conjunto de questões práticas solucionadas, e não proposições verdadeiras ou falsas em conformidade com os juízos de valor desenvolvidos.

Ghins observa que, dessa forma, os aprendizes de ciência, diante da dificuldade em dar uma solução cabível a um problema, despontam como "um ponto fora da curva, uma anomalia cuja solução é apresentada por uma outra base teórica em torno da qual, progressivamente, a comunidade científica" se aproxima, buscando resolver o problema. Isso constitui um novo paradigma, sendo essa a sua explicação particular. Kuhn classifica como "revolução científica". As variadas maneiras de resolver um problema constituem os "paradigmas em competição".

Quando Michael Ghins escreveu essas explicações, tentando traduzir em linguagem mais simples, a razão didática de ter sido utilizado este autor e não a transcrição direta do conceito de Kuhn e descrever alguns pontos em 2014, nem ele nem ninguém poderia imaginar que se estava descrevendo exatamente o dilema científico do maior drama vivido pela humanidade já registrado nos últimos séculos, a pandemia de Covid-19, em que paradigmas clássicos da imunologia, com protocolos mais demorados de experimentação científica, tendentes a uma maior segurança, embatiam-se com paradigmas emergentes desconhecidos e a necessidade imediata da invenção de uma vacina, com todos os riscos, medos e tragédias que daí poderiam advir.

O mérito científico acabou sendo reconhecido pela comunidade científica mundial no ato do agraciamento do Prêmio Nobel de Medicina à bioquímica húngara Katalin Karikó e ao médico norte-americano Drew Weissman, cujas pesquisas foram essenciais ao desenvolvimento da vacina.[69]

Obviamente, o mundo científico é merecedor deste e de todos os prêmios; contudo, o gesto simbólico se estendeu a toda a comunidade de pesquisadores nos seus mais diversos locais e nas mais diversas funções. Havia um evidente desnível na comunidade científica que não poderia ser tomada como se tratasse de uma única realidade, razão pela qual, já em 1969, Tomas Khun se preocupou em reavaliar seu conceito clássico de paradigma.

---

[69] ISMERIN, Flávio. Dupla de cientistas recebe Nobel de Medicina por desenvolver vacina contra Covid-19. **CNN**. 2 out. 2023. Disponível em https://bit.ly/48LVv38. Acesso em: 2 out. 2023.

Thomas Khun,[70] no posfácio de seu livro, admite que teve muitas adversidades em seu texto original, em torno da discussão sobre o conceito de paradigma, explicando a necessidade de desligar do seu conceito inicial a noção de “comunidade científica”, observando que o termo paradigma é usado por ele em dois sentidos diferentes, sendo a primeira “toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada”.

O segundo sentido implica conceber paradigma como “um tipo de elemento dessa constelação, as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos”, serviriam para “substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal”.

Como se vê, houve um desligamento do conceito em relação à acepção de "comunidade científica". Não cabe aqui um aprofundamento nessas distinções, apenas enfatizando que as dificuldades em incluir a comunidade científica no conceito derivam da multiplicidade de formatos e da extensão que essas comunidades podem atingir. Padronizar a comunidade e idealizá-la com o intuito de generalização para se ajustar a um conceito seria incorreto, já que nem toda comunidade compartilha de todos os saberes e meios de produção para os obter, o que comprometeria o sentido empregado para conceituar o paradigma.

Enquanto os embates ocorriam no plano da ciência, outras esferas, como a política, a economia e o Direito, apresentavam preocupações distintas. Questões sobre os custos para vacinar a população, os impactos da pandemia na economia e os prejuízos às grandes corporações por conta da paralisação da atividade econômica estavam em pauta. Além disso, os embates ideológicos na arena política envolviam figuras que, de forma grotesca, propagavam teorias obscurantistas, como afirmar que a vacinação transformaria as pessoas em "jacarés". Essa metáfora, carregada de negacionismo, ilustra vividamente um dos períodos mais desafiadores da história republicana brasileira, um tempo verdadeiramente sombrio.

Primeiramente, o desenvolvimento da vacina só foi possível por conta dos valores compartilhados pela comunidade científica. Em segundo lugar, não era necessária apenas uma acumulação progressiva de conhecimento para a criação da vacina, mas, sim, uma revolução científica, repleta de força, brilho e paixão por parte de toda a comunidade científica e daqueles que, em diversos níveis, não apenas

[70] KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**... p. 187.

colaboraram para esse feito, mas também muitos renunciaram a seu conforto, da presença de familiares e, em alguns casos, perderam entes queridos ou até mesmo a própria vida.

Esta é uma análise fundamentada na Filosofia da Ciência que destaca o quão sombrio, terrível e assustador tem sido o negacionismo científico. Ele se baseia em modelos de pensamento totalmente irracionais, com os quais o mundo da ciência e do Direito se depara, sendo necessário encontrar decisões práticas para o dia a dia.

Ghins,[71] em seu posfácio, define paradigma como "um conjunto de problemas científicos resolvidos, exemplares, que servem de guia para a resolução de novos problemas". Isso é algo rotineiro na atividade científica, enfatizando que, na medida em que os aprendizes de um setor específico do estudo praticam as mesmas funções, sempre o fazem com os olhos nas soluções encontradas anteriormente.

A partir daí, elaboram generalizações simbólicas, formulações matemáticas e leis, especialmente nas Ciências Exatas. Eles também entram em uma fraternidade científica em que valores e normas são compartilhados por essa comunidade específica, o que conduz a soluções mais apropriadas para a resolução dos problemas apresentados.

Cada vez mais, o cuidado e a responsabilidade com o rigor terminológico tornam-se uma exigência metodológica na comunidade científica supra aludida. Longe de configurar um exagero, busca-se um grau de precisão suficientemente eficaz para comunicar ou, ao menos, tentar ser compreendido.

Não se pode esquecer que, na era da chamada pós-verdade, todo negacionismo, contrafação e obscuridade provenientes das mais diversas fontes e pelos mais diversos motivos evidenciam a crescente necessidade de esclarecer o máximo possível o objeto de estudo e o quadro conceitual. São condições mínimas para a sobrevivência, do próprio homem como ser de relações com base na racionalidade do discurso e, depois, da própria ciência.

Conforme esclarece Marco Aurélio Marrafon,[72] o pensamento jusfilosófico foi acometido do niilismo[73] de Friedrich Nietzsche,[74] o que contemporaneamente tem

---

[71] GHINS, Michel. **Prefácio**... p. xiii.

[72] MARRAFON, Marco Aurélio. Pós-verdade processual está na origem do voluntarismo judicial. 11 jun. 2018. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://bit.ly/3OpqdHs. Acesso em: 28 set. 2023.

sido designado pela expressão “pós-verdade”, termo reiteradamente utilizado em trabalhos na Universidade de Oxford em 2016, tendo sido tomado como um substantivo que se refere às circunstâncias nas quais “fatos objetivos têm menos importância do que crenças pessoais”.

Daí tem surgido a ideia de que o importante é a narrativa, mesmo que claudicante em consistência lógica, bastando conectar elementos com um mínimo de coerência, visando formar a convicção. O problema é a marca do desprezo pela verdade que essas guerras de narrativas trazem. A milenar pergunta sobre a verdade é uma questão de ponto de vista quando vista de um ponto. A verdade absoluta, que se impõe com a força de um imperativo kantiano, se fragiliza, exaure e desaparece.

Na visão tomista do mundo, a percepção da verdade não era fruto de uma subjetividade, mas de uma percepção de um mundo percebido como real. Uma consciência que o refletisse e uma conexão entre ambos, capaz de oferecer uma referência ao sujeito. O pensamento de Nietzsche se insurgiu contra esse formato de construção da realidade, de caráter ontológico.

A fórmula grega da adequação entre a coisa em si e o intelecto não seria mais suficiente para expressar a noção da realidade nem da verdade, não sendo nada além da vontade de poder. Isso implicaria em dizer que há um conhecimento verdadeiro a partir de um fundamento, mas, para Nietzsche, este seria um critério absoluto da verdade que não poderia prevalecer.

Afirma Friedrich Nietzsche[75] que, em relação ao positivismo, que permanece no fenômeno e isso é um fato, uma vez que "só há fatos", objeta que não, afirmando

---

[73] Segundo o Dicionário Aurélio, niilismo é um termo comumente relacionado à “redução a nada, aniquilamento, descrença absoluta” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio**...). Filosoficamente, tem a conotação de uma “doutrina segundo a qual nada existe de absoluto”. Já no sentido ético, é “a doutrina segundo a qual não há verdade moral nem hierarquia de valores”. No sentido político, é “a doutrina segundo a qual só será possível o progresso da sociedade após a destruição do que socialmente existe”.

[74] É preciso esclarecer que o termo “niilismo” não havia sido empregado antes de Nietzsche por Hamilton para qualificar a doutrina de Hume, afirmando que esta “nega a realidade substancial”. Em outros casos, foi empregada para indicar as atitudes dos que “negam determinados valores morais ou políticos”, mas Nietzsche vai além da polêmica ao “qualificar sua oposição radical aos valores morais tradicionais e às tradicionais crenças metafísicas”. No dizer do filósofo, o niilismo não seria somente um “conjunto de considerações’ sobre o tema de que “tudo é vão”, não apenas “a crença de que tudo merece morrer; consiste em colocar a mão na massa, em destruir”. Dessa forma, Nietzsche se soma ao grupo dos filósofos destruidores. (ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de Filosofia**... p. 712.)

[75] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de Filosofia**... p. 304.

que justamente "não há fatos", apenas "interpretações dos fatos".[76] Assim, para se estabelecer certo/errado, verdade/falsidade, pois agora tudo poderia ser tudo ou tudo poderia não ser nada, é um processo interpretativo desconcertante.

Não há verdades absolutas, aliás, não há verdades nem nos fatos mais objetivos que se possa imaginar; há versão de fatos, pós-verdades, ao que a sociedade contemporânea está levando a sério e concretizando a construção de uma nova humanidade, nas expressões dos mais variados escalões sociais. O individualismo ou mais até o hiper individualismo, tem conduzido à humanidade a construção de um relativismo irracionalista.

Nietzsche[77] diz que “não existem fenômenos morais, apenas uma interpretação moral dos fenômenos”. E enfatiza[78] que, em todo desenvolvimento da moral, não aparece nenhuma verdade, pois todos os elementos conceituais, com os quais se trabalha, “são ficções” e todos os aspectos psicológicos aos quais se procura ater, “são falsificações” e “todas as formas da lógica que se introduz nesse reino da mentira são sofismas”.

Enfim, Friedrich Nietzsche inicia toda a sua bateria argumentativa contra as concepções de moral, religião e certezas, das quais este autor entende serem a moral, a religião e as certezas últimas da humanidade. Para Nietzsche, as esperanças últimas estariam no próprio homem, fortalecido pela sua própria miséria, não sendo possível recorrer a um ente, ser, instituição ou crença que não fosse o fruto do próprio homem.

No mundo do direito, esse jogo semântico, interpretativo e jusfilosófico se reflete nos sistemas de justiça, na concorrência entre o fato e a versão do fato, em que as narrativas sufocam a verdade dos fatos. Querendo ou não, o conhecimento, que se imaginava em outro patamar de existência humana como um todo, e a forma de encarar esse mesmo conhecimento, em muitos aspectos retrocederam a tal ponto de se observar o espetáculo dantesco de crianças sendo levadas à poliomielite.

Esse retrocesso não ocorreu em razão da recalcitrância de um vírus imbatível ou a impossibilidades técnico-científicas absolutamente intransponíveis,

---

[76] *Nous ne pouvons constater aucun factum “en soi”: pe est-ce un non-sens de vouloir ce genre de chose. “Tout est subjectif”, dites-vous: mais ceci est déjà une interprétation, le “sujet” n'est pas un donné, mais quelque chose d'inventer en plus, de place par derrière*.

[77] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de Filosofia**... p. 197.

[78] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de Filosofia**... p. 299.

mas, sim, por conta de pais que se entregaram a crenças obscuras, negacionistas e criminosas de movimentos como o da antivacina, da antiverdade e da anticidadania. Para ilustrar melhor esse quadro teórico, tome-se, por exemplo, um fato.

A Fundação Oswaldo Cruz[79] informou que consta do Sistema de Informações do Programa Nacional de Imunizações (SI-PNI) que a cobertura vacinal com as três doses iniciais da vacina está muito baixa: 67% em 2021, e a cobertura das doses de reforço (a de gotinha) é ainda menor, com apenas 52% das crianças imunizadas. Nas regiões Nordeste e Norte, os percentuais são ainda mais baixos, chegando a "42% e 44%, respectivamente, para a imunização completa com as cinco doses".

Após as campanhas em massa oriundas das mais diversas fontes questionando a confiabilidade científica das vacinas no Brasil, o resultado colhido foi o pior possível. Sem a suficiente e a honesta informação, muitos pais se negaram a vacinar seus filhos, temendo efeitos colaterais, mas as polêmicas da vacina emergencial da Covid-19, que surgiu como única alternativa no ápice de uma pandemia avassaladora, com todos os acertos e erros em termos de efeitos colaterais, acabou se misturando no imaginário popular, o que resultou na negativa em vacinar crianças contra poliomielite e outras enfermidades facilmente previsíveis.

Todo este contexto de polarizações ideológicas e guerra de narrativas, resultou no desperdício de um trabalho educativo de décadas, o qual foi destroçado em poucos meses e ninguém pediu desculpas, nem houve consequências para as autoridades envolvidas.

Algum fundamento de verdade deve estar presente na percepção da realidade. Não se pode conceber a vida, o mundo e o ser humano, com seus valores, apenas com base em narrativas subjetivas desprovidas de qualquer lastro na verdade objetiva dos fatos ou, ao menos, em elementos minimamente coerentes. Isso nos levaria aos limites da própria racionalidade, situados entre o que é considerado verdade e o que se pode imaginar sobre a realidade, sem critérios além de uma leitura patológica enraizada no subjetivismo, desprovida de qualquer amarra, exceto pela renúncia a acreditar em verdades absolutas, que seriam vistas como contraproducentes para a própria verdade.

---

[79] DANDARA, Luana. **Pesquisadores da Fiocruz alertam para o risco de retorno da poliomielite no Brasil**. 4 maio 2022. Disponível em: https://bit.ly/42yXyFP. Acesso em: 27 set. 2023.

Naturalmente, não se pode ignorar toda a complexidade ante a reflexão sobre o que seria o ato de comunicar, de expressar pensamentos, sentimentos e juízos das mais diversas naturezas. Não se nega nem ignora toda a discussão sobre a impossibilidade de uma comunicação perfeita, indefectível em suas premissas, nem na ilusão de que é possível comunicar toda a verdade e a verdade toda, mas um mínimo de arranjo conceitual no plano da racionalidade precisa ser assegurado para estabelecer as bases de uma racionalidade mesmo que mínima.

A estrutura racional do ato de comunicar vai além dos símbolos gráficos, linguísticos e gestuais. A dificuldade do homem em compreender a si mesmo e, subsequentemente, entender aqueles mais próximos a ele, contribui para a infelicidade humana. Além disso, há o desafio de compreender o próprio mundo em que vive.

Não seria totalmente irreal considerar que a constante inquietação com a verdade pode ter levado os gregos a intuírem essa questão de forma notável. Eles concluíram que é necessário estabelecer pressupostos de comunicação e modelos que contrastem com outros conjuntos linguísticos. Esses conjuntos devem ser capazes de conectar grupos, comunidades e formas de pensar. A filosofia da ciência emerge precisamente dessa compreensão paradigmática de experiências e compreensões vivenciadas em um plano comunitário.

Não sem razão, o filósofo mineiro Arthur Diniz[80] costumava afirmar em suas aulas no curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais que "depois dos gregos, nada mais era necessário; tudo estava criado". A preocupação com um modelo de pensamento que partisse de um pressuposto mínimo de racionalidade, conectando a coisa pensada e o intelecto como uma prova de sentir racional, levou à necessária pressuposição de uma espécie de microssistema de verdades "racionais". Esse microssistema não se presta apenas a convencer o outro, mas a se comunicar com o outro. Talvez essa seja a grande diferença entre os sofistas e o pensamento socrático: convencer ou comunicar?

Talvez a questão da verdade objetiva *versus* narrativas sobre a verdade seja algo muito mais antigo do que os surtos delirantes propiciados pela geração da pós-verdade que se espalha pelo mundo, advindo das ideologias de todos os matizes. O

[80] Professor de Direito Internacional e de Filosofia do Direito no curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Notas em sala de aula, em 1999.

pensamento grego, sem dúvida, parte de certo horizonte de sentido, que abriu caminho para o pensamento contemporâneo delinear um sentido de racionalidade.

Diante dos consideráveis avanços e retrocessos no mundo moderno, é vital proporcionar ao jurista conhecimentos fundamentais. Os tempos mudaram, e embora a essência do mundo do direito e da política permaneça, suas formas e manifestações são extremamente voláteis. Isso implica em um esforço multidisciplinar para identificar e enfrentar os problemas, fornecendo respostas às perguntas fundamentais expressas nos anseios da sociedade por direitos em suas diversas dimensões.

Todos os conceitos são construções humanas, não havendo outro universo de sentido além daquele criado pelo homem. As instituições, os conceitos de certo e errado, de vida e morte, de bem e mal são elaborações do pensamento humano de cada época. Existem conceitos mais antigos e enraizados na humanidade, o que leva a questão a áreas como psicologia, psicanálise, antropologia ou filosofia das religiões. Todo conhecimento é datado, provisório, e serve, no máximo, para oferecer algumas propostas de explicação dentro de determinado padrão de racionalidade pré-concebido, nada mais.

Os estudos clássicos e modernos de hermenêutica constitucional[81] e da hermenêutica como um todo envolvem os contextos da linguagem. O tratamento conceitual de uma variedade de temas ocorre na perspectiva de um horizonte de sentidos, imerso em um pano de fundo compartilhado de silêncio.[82] Antes do que é expresso, existe como que um pré-consenso[83] sobre o sentido, a razão e a extensão do que está sendo comunicado.

José Alfredo de Oliveira Baracho[84] faz um apanhado de alguns autores representativos que despontam como pioneiros dos estudos de Hermenêutica

---

[81] É preciso assinalar a grande influência nos estudos hermenêuticos contemporâneos de autores como **Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer**.

[82] A compreensão de um texto implica a conexão de horizontes diversos, ou seja, concepções de vida distintas que precisam se afinar. A interpretação de um texto envolve algum tipo de conhecimento prévio moldado pela visão de mundo que as experiências, as concepções diversas e as crenças acabam moldando.

[83] Heidegger igualmente contribui para o desenvolvimento do conceito de pré-compreensão ou pré-consenso, trazido por Gadamer em várias de suas obras, incluindo *Ser e Tempo* ("*Sein und Zeit*"), publicado em 1927, em que analisa a possibilidade de a compreensão prévia ser algo fundamental à existência humana.

[84] BARACHO, José Alfredo de Oliveria. **Hermenêutica constitucional**. Disponível em: https://bit.ly/3HtW6uD. Acesso em: 2 dez. 2023.

Constitucional.[85] Além dos europeus indicados por Baracho, uma série de autores[86] contemporâneos ou não tem publicado extenso trabalho em torno do tema. Essa diversidade de autores, época, locais, tradições jurídicas diversas e circunstâncias variadas demonstram como o tema alcançou imensa relevância nos últimos anos, no Brasil, em especial, no fim da ditadura militar.

Com a pós-modernidade, abriram-se ao Judiciário novas possibilidades, ampliadas pela filosofia da linguagem, sociologia, ciência política e psicanálise, que se entrelaçam e proporcionam ao julgador parâmetros mais avançados. Isso permite a aplicação da lei em um universo de complexidades, não negando ou sufocando tais complexidades, mas lidando com elas de maneira sistemática e integrada, evitando conclusões absurdas e injustas que, não raramente, ofendem até mesmo o bom senso.

Nesse contexto, considera-se a possibilidade de um esforço hermenêutico que vá além da mera formalidade da norma isolada, descontextualizada de um direito democrático e republicano. Para isso, analisa-se a noção do Devido Processo, investigando sua parte histórica, evolução, aplicação e fundamentos, correlacionando o tema com o desenvolvimento da jurisprudência e doutrina tanto norte-americana quanto alemã.

---

[85] PETRIELLA, Dionísio. **La Constitucion de la Republica Italiana**. Buenos Aires: Asociacion Dante Alighieri, 1957; BASTOS, Celso Ribeiro. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1975; BRANCA, Giuseppe. **Collegialità nei Giudizi delia Corte Costituzionale**. Pádova: Cedam, 1970; BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972; RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958; CRISAFFULLI, Vézio, **Le funzioni delia Corte costituzionale nella dinamica dei sistema**: esperienze e prospettive, em La giustizia costituzionale. Milão: *Giuffrè*, 1966; CRISAFFULLI, Vézio. **La *Costituzione* e le *sue disposizioni di principio***. *Milão: Giuffrè, 1952*; CAPPELLETTI, Mauro. **Il controlo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato**. v. III. Milão: Studi Zanobini, 1965; CAPPELLETTI, Mauro. **La giurisdizione costituzionale delle libertà**. Milão: *Giuffrè*, 1955; PIERANDREI, Franco. **Corte costituzionale**. Enc. Dei Dir. X, Milão: *Giuffrè,* 1962; PIZZORUSSO, Alessandro. **La motivazione delle decisione delia Corte costituzionale**: comandio o consigli?, 1963.

[86] HÄBERLE, Peter. **Elementos de hermenêutica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015; HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; MARTIN, Loughlin. **The idea of Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003; ACKERMAN, Bruce. **We the people**: Foundations. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991; STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; STRECK, Lênio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016; STRECK, Lênio. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direção. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, p. 105-127, 2008; CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

Identifica-se um desacoplamento entre a aplicação efetiva da justiça e seus resultados práticos no contexto do Estado Democrático de Direito e do Estado Republicano. É intrínseca a esses modelos a limitação do sentido das leis aos parâmetros de racionalidade, adequabilidade e proporcionalidade, sempre vinculados aos valores de uma democracia participativa e aos valores republicanos.

Nesse sentido, a noção de Processo Constitucional Substancial oferece subsídios significativos para fundamentar a tese sustentada. Ela sempre atenta para a construção de decisões legais pautadas pela razoabilidade, proporcionalidade e alinhadas aos valores republicanos e democráticos. Essa abordagem representa a ideia de um Direito Democrático, uma evolução do próprio processo como instituição parametrizada pelos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

A mudança paradigmática enseja uma revisitação no plano jurídico visando concretizar a plêiade de direitos emergentes na complexidade do mundo atual, sendo papel do Direito, e em especial do Direito Constitucional, estar aberto para as exigências na nova ordem mundial, atentando-se para as exigências da sociedade complexa em que se vive. Em outras palavras, atentar para a constante abertura da identidade do sujeito constitucional,[87] que também leva à concepção pluralista no plano constitucional à medida que percebe a Constituição enquanto uma "sociedade aberta de intérpretes".[88]

A concepção pluralista no âmbito constitucional entende a Constituição como uma sociedade aberta de intérpretes, identificando nesses intérpretes a precisa manifestação plural do direito. Como bem salienta Verdú,[89] o ordenamento constitucional não é um simples conjunto de normas sobre as quais atuam alguns fatores políticos, que o qualificam em um sentido determinado, próprio de cada regime político, mas é o conjunto das próprias instituições jurídicas,[90] coordenadas para conduzir a determinada concepção política do Estado e da sociedade.

---

[87] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

[88] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

[89] VERDÚ, Pablo Lucas. **Introducción al derecho político**. Barcelona: J. Mª. Bosch, 1958, p. 13-114.

[90] A riqueza do pluralismo jurídico é justamente não reduzir o direito às instituições reconhecidas pela lei. Ou seja, isso se contrapõe ao monismo positivista.

Pablo Lucas Verdú[91] chama a atenção para a importância do pluralismo político ao afirmar que é preciso que esse pluralismo seja a expressão da reciprocidade entre os aparatos estatais e comunitários.[92]

Assenta Verdú[93] que, frente a um Estado totalitário, com partido único permeando todo o contexto social (*Gleich Setzen),* toda a comunidade na Alemanha nacional socialista, e com menos intensidade na Itália fascista, o princípio orientador era o de que "nada contra o Estado, mas tudo dentro do Estado", controlado pelo partido fascista, assim desaparece o pluralismo político.[94]

Os paradigmas de Estado Social, Liberal, Estado Democrático de Direito ou Subsidiário têm travado embates históricos. O modelo neoliberal, assim como os demais, é uma construção histórica. Contudo, a Democracia não é um sistema de valores compatível com a miséria, a pobreza e a exclusão, necessitando constantemente ser repensada sob novos aspectos. Daí surge a necessidade de os estudos se voltarem para a Teoria Geral do Processo Constitucional, compreendida à luz dos diversos pluralismos, com destaque para o jurídico.

1.2 PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANCIAL, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 COMO UM HORIZONTE DE SENTIDO PLURALISTA

O objetivo deste tópico é traçar uma linha hermenêutica que conduza à conclusão de que a Constituição Federal de 1988 é dotada de um horizonte de sentido pluralista. Para tanto, pretende demonstrar que a hermenêutica como um todo avançou para a construção de uma metodologia empregada na interpretação, que distingue princípios, regras e normas, sendo impossível haver norma que não a norma interpretada. O princípio por ser mais abstrato convive com outros princípios numa relação de tensão. As regras se excluem.

Em especial, a Hermenêutica Constitucional alcançou uma notável evolução ao abrir-se para uma visão pluralista. No ato interpretativo, ela incorpora não apenas

---

[91] VERDÚ, Pablo Lucas. **Introducción al derecho político**… p. 87.
[92] VERDÚ, Pablo Lucas. **Introducción al derecho político**… p. 87.
[93] VERDÚ, Pablo Lucas. **Introducción al derecho político**… p. 87.
[94] Do original: "*Frente al Estado totalitario com partido único que permea todo el entramado social, la llamada* Gleichsetzen *informo a toda la Comunidad en la Alemania nacional-socialista y de modo menos drástico en la Italia fascista, según el princípio: nada contra el Estado todo dentro del Estado controlado por el partido fascista, así desaparece el pluralismo político*".

a norma de direito interpretada, mas também as fontes da jurisprudência, a doutrina, os usos e costumes, e a cultura política. Não se restringe aos dogmas da literalidade da lei nem ao seu poder mitológico, mas faz uso das mais diversas formas e da interdisciplinaridade possível para alcançar seus objetivos.

Essa abertura é reflexo dos novos desafios impostos pela complexidade do mundo atual ao jurista e aos operadores do direito. Os "novos direitos", que emergem em uma sociedade na qual os conflitos se potencializam como conflitos de massa, demandam uma perspectiva pluralista com um substrato técnico. Essa abordagem encontra total ressonância na concepção do paradigma de um Estado Democrático de Direito.

O Processo Constitucional emerge como o elo entre a técnica, a racionalização das decisões e o paradigma constitucional fundamentado nos diversos pluralismos, especialmente no pluralismo jurídico. A partir desse ponto, é possível listar não apenas as garantias processuais à luz da Constituição, como também vislumbrar a essência do próprio Processo Constitucional, que contrasta com o modelo clássico do direito positivo ocidental.

Essa estrutura, racionalidade e paradigma, modelo de direito positivo ocidental, tem origem na estruturação do próprio Estado. Esse modelo tem início com a própria ideologia liberal do século XVIII, que se mostrou capaz de consolidar a nova classe social no poder, a burguesia, como bem demonstra Fioravanti.[95] Tal modelo cumpriu a missão do Estado burguês, mas, depois, continuam os fluxos de reivindicação do Estado social. Como assinala Wolkmer,[96] há profundas mudanças, indicando que a racionalidade burguesa se vê perplexa diante aos novos modos de organização de vida. Ele destaca que a regulação centralizada dos procedimentos na estrutura de poder passou por processos de descentralização e foi redefinida diante das novas realidades surgidas.

Explica o autor[97] que os avanços da tecnologia e a passagem da sociedade industrial para a digital, bem como a passagem da sociedade nacional para a global. A passagem da cultura unitária para espaços fragmentados (plurais e virtuais) ocasionou o declínio da cultura monolítica, linear, determinista, totalizante e

---

[95] FIORAVANTI, M. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 142-164.
[96] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 23.
[97] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 23.

hierarquizada. Implica dizer que a crise dos paradigmas de legitimação, as mudanças no modo de vida e o aparecimento de surgimento de novos direitos e sujeitos sociais ampliaram as prioridades materiais.

Essa confluência de fatores, segundo Wolkmer,[98] facilitou o surgimento de novas formas idealizadas e práticas de juridicidade, rompendo com padrões clássicos da dogmática jurídica. “Com os mitos de neutralidade científica de rigor técnico e da autonomia absoluta, a nova juridicidade manifesta-se em espaço transgressor e pluralista dos novos direitos”.

Uma revolução se instaura, trazendo consigo novos desafios e fenômenos que demandam soluções por parte da ciência jurídica na modernidade, tanto no âmbito do direito (público e privado) quanto no convencional Direito Processual.

Destaca-se a problemática dos novos direitos. Entre esses novos direitos, Wolkmer[99] explicita que despontam os direitos da criança e do adolescente, de mulheres, indígenas, negros, homossexuais, idosos, consumidores, direito ambiental, biodireito, a cibernética e as implicações da realidade virtual no âmbito, penal, familiar e psicanalítico. Esses fenômenos exigem uma abordagem inovadora, diferente das formas tradicionais aplicadas ao direito em geral.

Enfim, abre-se o mundo para novas potencialidades que contemplem a multiplicidade e o pluralismo em todas as áreas (ciência, religião, filosofia, economia, política etc.). É inegável o crescente e aprofundado esgotamento do paradigma existente, que não possui mais a eficácia, as soluções para compreender e solucionar os problemas emergentes na sociedade de massa em que se vive, acrescidos de novas formas e gestão dos riscos,[100] muitos dos quais são inevitáveis e que restam somente um gerenciamento e controlabilidade.

Daí o interesse em investigar a legitimidade não apenas no âmbito estatal, mas também nas manifestações normativas de natureza não estatal, ou seja, informais, sob uma perspectiva de pluralismo jurídico. Este representa um novo paradigma de fundamentação que abrange a ação histórica dos novos sujeitos coletivos e suas necessidades essenciais.

---

[98] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 23.
[99] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 23.
[100] GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. *In*: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 81-97.

Apesar de todas as críticas às ideias centrais da obra de Karl Marx, até o momento, nenhuma teoria surgiu para explicar de maneira mais eficaz a afirmação de que, no sistema social capitalista, a força de trabalho do trabalhador se transforma em mercadoria, tornando-se, como qualquer outra mercadoria, um produto que se vende e se compra no mercado.

Para Max Weber,[101] o capitalismo pode ser entendido como a culminação de um processo de racionalidade da vida organizada, em que as estruturas jurídicas capitalistas pressupõem a formação social da época, caracterizada por uma sociedade burguesa. A burguesia é o setor intermediário entre a nobreza e o clero, e o campesinato e as classes populares. Outro elemento fundamental é a visão sociopolítica do mundo sob a concepção do liberalismo.

Acertadamente, Ada Caperuto[102] *et al.* afirmam que Weber não descobriu o processo de racionalização e os seus efeitos, como também Kafka não o fez. Ele apenas colheu do campo da literatura a matéria-prima para sistematizar o conceito e lhe deu utilidade analítica, pois esse princípio já perpassava o século XX e está bem representado na literatura.

Na obra *Admirável Mundo Novo* (1932), Aldous Huxley[103] escreve sobre um contexto de alienação de uma sociedade organizada em castas, sendo esse um dos fatores essenciais à manutenção da "ordem" e do sistema de produção daquele sistema social. As castas inferiores eram compostas por clones condicionados ao trabalho braçal, o que dispensava maiores padrões de inteligência. Utilizava-se o processo "Bokanovsky"[104] como mecanismo de estabilidade social, que pré-organizava os homens e as mulheres de forma padronizada e em grupos uniformes.

A contextualização apresentada visa demonstrar que o paradigma jurídico dominante era fundamentado nos princípios do monismo, da estabilidade, da racionalidade formal, da certeza e da segurança jurídica. Esse paradigma operava em um processo de despersonalização, padronização e produção de todos os insumos, produtos e processos, visando à própria racionalidade estatal, que resultava em uma dependência de um único centro irradiador de normatividade.

---

[101] WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1987

[102] CAPERUTO, Ada. **Admirável mundo novo**: uma perspectiva histórica entre a obra e a sociedade pós-moderna. Disponível em: https://bit.ly/47S9vXU. Acesso em: 1º maio 2023.

[103] HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Rio de Janeiro: Globo, 1932.

[104] O processo *Bokanovsky* descreve uma tecnologia de fertilização em massa, mas de forma assexuada e artificial. Os óvulos são fertilizados *in vitro*, clonando-se os indivíduos caso tenha embriões idênticos para produzir grandes contingentes de indivíduos padronizados.

Essa perspectiva, narrada na literatura, na ficção científica e presente na economia, assim como nas relações profissionais e até pessoais, era um reflexo das próprias instituições estatais. Sobre as bases dessas estruturas estatais, produz-se e reproduz-se um direito com características de singularidade, originando uma sociedade fundamentada em leis e normas gerais e abstratas. Essas normas são geradas de maneira singular pelos órgãos estatais, muitas vezes desvinculadas de uma preocupação mais ampla com as práticas sociais comunitárias.

A legitimidade era reconhecida exclusivamente no âmbito da legalidade produzida pelo Estado. Outras formas de manifestações jurídicas foram suprimidas pelo domínio do Estado, que detinha o monopólio da lei, concentrando poder, antes fragmentado nas esferas da religião, dos usos, dos costumes e das práticas comunitárias, agora censuradas e punidas.

Nesse contexto, impõe-se o Devido Processo Substancial, como a necessidade de uma hermenêutica que contemple o Estado Democrático de Direito como a estrutura sob a qual se assenta todo o processo de criação, interpretação e aplicação da lei, que se contraponha ao modelo instrumental, padronizado e monista, que caracterizam o direito tradicional.

Por esse viés ontológico, a terminologia que se refere a uma necessária “constitucionalização dos direitos” é inapropriada. Isso ocorre porque a interpretação dos direitos deve ser intrinsecamente compatível com o Estado Democrático de Direito desde seu surgimento, sendo uma expressão hermenêutica constitucionalmente adequada desde o início. Caso contrário, estaríamos negando que a própria ontologia dos direitos está impregnada da densidade constitucional desde seu nascimento. Há o risco de negar, enfraquecer e abrir portas para possibilidades estranhas ao próprio paradigma democrático. Portanto, não se aceita a ideia de que os direitos sejam algo e tenham algum valor não democrático para depois serem "constitucionalizados".

Um momento de significativa inflexão no constitucionalismo brasileiro é a introdução no ordenamento jurídico pátrio de uma forma de jurisdição constitucional que se desenvolve por meio da modulação dos efeitos das declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Essa abordagem permite que decisões consideradas inconstitucionais possam ter seus efeitos mantidos, argumentando possível lesão à ordem pública. Essa prática aceita que leis e atos inconstitucionais possam persistir quanto aos

seus efeitos, rompendo com o dogma da nulidade absoluta das leis ou atos inconstitucionais.

Em 1990, foram instauradas no Brasil práticas inspiradas em um transplante jurídico-cultural da atuação da Corte Constitucional Alemã para o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Essa abordagem sugere uma equiparação entre as culturas jurídicas, políticas e as histórias constitucionais das duas cortes e nações, como se fossem idênticas.

O abandono da doutrina constitucional do dogma da nulidade absoluta das leis inconstitucionais, imperante na cultura jurídica brasileira desde o texto constitucional de 1891, em razão da influência de Ruy Barbosa,[105] inspirado na cultura constitucional norte-americana, trouxe sérias consequências para o constitucionalismo pátrio.

A praticidade, o pragmatismo e a ingenuidade de querer modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, longe de resolver os problemas, principalmente de ordem política, de forma adequada, acabou gerando uma cultura de incentivo ao desrespeito à Constituição e do próprio Supremo Tribunal Federal, que sistematicamente fragiliza sua autoridade ao permitir que atos e leis inconstitucionais tenham seus efeitos inconstitucionais assegurados, convalidados e vitoriosos por sob os destroços dos princípios e do espírito de Constituição.

Paulo Bonavides,[106] ao discorrer sobre a evolução histórica do conceito de nulidade, assenta que a evolução do conceito de nulidade na jurisdição constitucional passa por dois momentos no plano doutrinário e jurisprudencial, marcados pelos ensinamentos de Marshall e Kelsen à ciência do Direito Constitucional. John Marshall, nos Estados Unidos, concebe o controle difuso do modelo americano, que já conta com aproximadamente 200 anos; e Hans Kelsen, na Áustria, inspira a criação do Tribunal Constitucional com o controle concentrado, que ganha terreno na América Latina, estando em plena expansão desde a segunda metade do século XX, quer na Europa, quer na América Latina.

No modelo americano, a sentença em geral tem eficácia apenas "*interpartes*" (entre as partes), tendo-se, assim, o "controle difuso" com a

---

[105] BARBOSA, Ruy. **Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893; BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 3. ed. Campinas: Russel, 2010.

[106] BONAVIDES, Paulo. A evolução histórica do conceito de nulidade. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 11, p. 41-49, 2007. Disponível em: https://bit.ly/3ucmVjF. Acesso em: 3 jan. 2024.

consequente “nulidade da lei”. No austríaco, o efeito se estende “*erga omnes*” (contra todos), tendo-se o controle concentrado e a consequente “anulabilidade”. Quanto a essa distinção em relação à “natureza da decisão que decretou a inconstitucionalidade”, surge a polêmica, discutindo-se se “nulidade do ato inconstitucional” seria “absoluta e dogmática”, posição dominante desde a sua criação por Marshall, ou seria “relativa e gradual”, conforme o modelo de Kelsen. Em nota explicativa, Bonavides informa o seguinte:

> Com respeito aos dois sistemas, o Relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus (Lisboa, 1987) assinala: “A questão fundamental é a de saber se a declaração de inconstitucionalidade opera com eficácia *ex tunc* (remontando os seus efeitos, pois, à data de entrada em vigor da norma, ou, eventualmente, tratando-se de norma pré-constitucional, à data da entrada em vigor da Constituição) ou mera eficácia *ex nunc* (operando, pois, somente a partir da publicação da decisão). No primeiro caso, a decisão de inconstitucionalidade produz um efeito de **invalidação da norma**; (g.n.) no segundo, um efeito **puramente revogatório**”. (g.n.) (Relatório, *apud* COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis*, 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 123)

Paulo Bonavides[107] esclarece que, no Brasil, tem prevalecido a teoria da “nulidade”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre inconstitucionalidade de leis tem seguido “literalmente a doutrina de Ruy Barbosa”, que é a mesma doutrina estabelecida e consolidada pelos constitucionalistas norte-americanos, na esteira de Marshall. Assim, a sentença de inconstitucionalidade é de “natureza declarativa” e seus “efeitos se produzem *ex tunc*, com força “retroativa”.

Em conclusão, a lei considerada "inconstitucional é tida por nula", sendo completamente desprovida de eficácia, caso tenha tido validade. Os atos praticados com base nessa lei também são considerados "nulos". Essa abordagem, conhecida como "dogma da nulidade absoluta da lei inconstitucional", tem sido uma tradição no Brasil desde a Constituição de 1891.[108] O texto constitucional, ao se referir à “validade das leis ou atos” ou ao utilizar a expressão “validade”, sempre foi interpretado no sentido de nulidade, tal qual a doutrina de Marshall sustentou por quase dois séculos e assim continua. Determina o texto constitucional brasileiro:

> **Art. 59, CF/1891** Ao Supremo Tribunal Federal compete [...] julgar [...]
> b) quando se contestar a **validade** de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do

[107] BONAVIDES, Paulo. **A evolução histórica do conceito de nulidade**... p. 41-49.
[108] BRASIL. **Constituição de 1891**. Disponível em: https://bit.ly/47LX2Fd. Acesso em: 3 jan. 2024.

> Tribunal do Estado considerar **validos** esses atos, ou essas leis impugnadas.[109] (g.n.)

Paulo Bonavides[110] assinala que foi Hans Kelsen que, com mais clareza e acuidade, assentou seu pensamento acerca da lei tida por inconstitucional, na célebre segunda edição da "Teoria Pura do Direito", de onde fizemos esse extrato:

> A declaração de que uma lei em vigor é "inconstitucional", é uma *contradictio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com base na Constituição. Quando se tem fundamento para admitir que uma lei é válida, deve o fundamento de sua validade residir na Constituição. De lei inválida não se pode, porém, declarar que seja inconstitucional, pois lei inválida de modo algum é lei; não o é porque juridicamente não existe, portanto, acerca dela nenhuma assertiva de direito é possível. Ainda que na jurisprudência tradicional se faça a usual afirmação de que uma lei inconstitucional tem significado jurídico, isto não pode ser tomado ao pé da letra. Sua significação consiste unicamente nisto: que a lei questionada pode ser anulada segundo a Constituição, não apenas pelo procedimento habitual, a saber, mediante outra lei na conformidade do princípio *lex posterior revoga priori*, mas também por uma via constitucionalmente prevista. Mas enquanto ela não é anulada, deve ser considerada válida; e enquanto for válida, não é inconstitucional.

Ruy Barbosa[111] assentou que "Toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula" e "atos nulos" da legislatura "não podem conferir poderes válidos ao executivo", replicando os ensinamentos dos constitucionalistas como Dicey[112] e Kent. Naturalmente, a nulidade se estende aos demais poderes. Ruy Barbosa[113] observa que a "invalidade da ação" dos poderes políticos fora do círculo dos textos constitucionais é "o dogma cardeal do constitucionalismo americano" e reproduz os ensinamentos de Marshall[114] sobre esse ponto:

> Toda a construção do direito americano tem por base a noção de que **o povo** possui **originariamente** o **direito** de estabelecer, para o seu futuro governo, **os princípios**, que mais conducentes se lhe afiguram à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se frequentemente. Os princípios, que destarte uma vez estabelecidos, consideram-se, portanto, **fundamentais**. E, como a autoridade, de que eles dimanam, é **suprema**, e raro se exerce, esses

---

[109] Adaptada no léxico.

[110] BONAVIDES, Paulo. **A evolução histórica do conceito de nulidade**... p. 41-49.

[111] BARBOSA, Ruy. **Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**...; BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**..., p. 40-41.

[112] DICEY, Albert. Venn. **Lectures Introductory to the Study of the Law in The Constitution**. London: Macmillan and Co., 1885, p. 165-166.

[113] BARBOSA, Ruy. **Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**...; BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**..., p. 40-41.

[114] MARSHALL, John. **The Writings of John Marshall, Late Chief Justice of The United States, upon the Federal Constitution**. Boston: James Munroe and Co., Boston, 1839, p. 24, 25.

> princípios têm destino permanente. A **vontade primitiva** e soberana organiza o governo, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cingir-se; 41 p. ou pode estabelecer raias, que eles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse **erro**, ou **deslembrança**, fez-se **escrita a Constituição**. Com que fim se estipularem esses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser **ultrapassados** exatamente por aqueles, que ela se propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscrevem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente **obrigatórios** os atos permitidos e os **atos defensivos**. Ou havemos de **admitir que a Constituição anula** qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa **alterar por medidas ordinárias** a Constituição. Não há como contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. **Ou a Constituição é uma lei superior soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual**, e, como estes, é **reformável** ao **sabor da legislatura**. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então **as Constituições escritas são absurdos esforços do povo**, por limitar um poder de sua **natureza ilimitável.** Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a **lei fundamental e suprema da nação**; e, consequentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo à Constituição, **é nulo**. Esta doutrina está essencialmente ligada às Constituições escritas, e, portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade (g.n.)

Ao analisar o que foi escrito em 1892, apenas um ano após o início da vigência da Constituição republicana, e comparar com o ativismo judicial[115] recentemente observado no Supremo Tribunal Federal nos últimos anos no Brasil, a preocupação é evidente.

O transplante constitucional realizado no Brasil não tem produzido resultados positivos. Diariamente, assessores jurídicos, presidentes de Comissões de Constituição e Justiça e pareceristas em todos os níveis dos poderes da República e em todas as esferas federativas frequentemente expressam seus entendimentos sem constrangimento em relação à clara inconstitucionalidade de suas propostas legais ou administrativas. Isso ocorre porque sabem que, como agentes públicos, têm uma margem considerável de atuação sem serem devidamente responsabilizados.

Essa cultura surgiu porque se reconhece que o sistema funciona em favor da ilegalidade. Nota -se que, após décadas de prática atos e promulgações leis manifestamente inconstitucionais, eventualmente virá uma solene declaração de

---

[115] STRECK, Lênio Luiz. Ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Conjur**. 13 jun. 2013. Disponível em: https://bit.ly/429TjjG. Acesso em: 3 jan. 2024.

inconstitucionalidade dos atos e das leis írritas provenientes da Corte maior do País, contudo, sem anular absolutamente nada de tudo o que foi criado de nocivo, criminoso e antidemocrático, justamente em nome da segurança jurídica.

É o caso da Lei nº 9.868/1999,[116] que, ao estabelecer em seu art. 27,[117] determina que a decisão do Supremo Tribunal Federal ao declarar "a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo" (definindo a natureza da norma jurídica, seja uma lei ou um ato normativo) leva em consideração "razões de segurança jurídica".

Vale ressaltar que, em um sistema constitucional, não há insegurança jurídica maior do que saber que a própria Constituição será desrespeitada por diversos motivos e conveniências, principalmente do Executivo. Além disso, a lei também considera "excepcional interesse social", uma conceituação ampla que engloba praticamente qualquer problema constitucional e justificativa de ordem administrativa, financeira ou política.

Determina a aludida lei que o Supremo Tribunal Federal[118] “poderá”, por “maioria de dois terços de seus membros”, “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (ou seja, a defesa da Constituição é pura e simplesmente eliminada e sob os mais diversos argumentos possíveis e imaginários).

A experiência dos últimos anos, ao contrário de inspirar respeito à Constituição, vem servindo de fator antipedagógico. Diariamente, a população pode acessar as sessões do Supremo Tribunal Federal para ouvir que determinada lei é inconstitucional, mas todos os seus efeitos permanecem ou terão validade em determinada janela de tempo ou, ainda, valerão doravante. Isso implica dizer que se “deseduca o povo”.

---

[116] BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://bit.ly/3HEEsV6. Acesso em: 2 out. 2023.

[117] **Art. 27**. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[118] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 6 dez. 2024.

Sob a justificativa de conceitos nebulosos que podem se adaptar a qualquer situação, são legitimados os mais diversos abusos, levando tudo a se aquietar de tal forma que, em nome de razões de segurança jurídica, se renuncia à segurança maior, que é a sacralidade da própria Constituição. Em nome do “excepcional interesse social”, estabelece-se uma cláusula absurda de tecitura aberta por meio da legislação infraconstitucional, justificando violações ao texto constitucional a ponto de se chegar à conclusão de que vale a pena apostar sempre contra a Constituição, pois alguma solução será encontrada – um efeito justamente contrário ao que deveria inspirar o espírito da supremacia constitucional.

Como assentado por Cassius Guimarães Chai[119] ao analisar em conjunto as leis de controle de constitucionalidade e as diversas frestas para as violações da Constituição Federal, é falacioso e burla o compromisso constitucional que reside nas funções do Poder Judiciário em sua função de garantir a própria Constituição e seus princípios fundantes e estruturantes, em especial os determinados por fundamentos da República no art. 1º da Constituição Federal de 1988, o que vem a fragilizar e deslegitimar a concretização do direito segundo a metódica jurídica, que se pretende firmar como um Estado Constitucional Democrático de Direito.

Impropriamente, tem-se utilizado a expressão “constitucionalização de direitos” para designar um acolhimento genérico do direito ou de áreas específicas pelo manto da Constituição. Dessa forma, fala-se em constitucionalização do direito privado ou do direito administrativo ou ambiental. Contudo, o termo constitucionalização, se tomado na acepção que lhe atribui Canotilho,[120] como o "efeito de se vincular os direitos fundamentais" ao texto constitucional como normas jurídicas vinculativas e não meramente como textos declaratórios ou um conceito passivo de incorporação formal de uma lei ao texto constitucional, Canotilho sugere que a "constitucionalização" envolve a incorporação direta de direitos subjetivos em normas formalmente básicas aos textos constitucionais diretamente, sem passar pelo legislador ordinário.

Canotilho[121] sustenta que a consequência mais sensível dessa incorporação é a proteção dos direitos fundamentais por meio do controle jurisdicional da

---

[119] CHAI, Cassius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 221.
[120] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 378.
[121] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 378.

constitucionalidade de atos normativos. Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ser entendidos, interpretados e aplicados como “normas jurídicas vinculativas” e não como “trechos ostentatórios”, à maneira de grandes "declarações de direitos".

Pela mesma razão, a utilização indiscriminada da terminologia “constitucionalização” dos ramos do direito deve ser objeto de maior atenção, pois o que nasceu à luz do texto constitucional não precisa ser “constitucionalizado”, uma vez que ou se adequa à Constituição ou não se pode dizer que é gênero ou espécie jurídica.

O que existia antes da Constituição realmente passa por um processo necessário de harmonização com o texto constitucional. Dizer que uma norma nascida à luz da constitucionalidade precisa ser "constitucionalizada" é enfraquecer e negar vigor ao próprio texto constitucional. Isso compromete o sentido, o espírito e o simbolismo de uma Constituição, pelo menos no âmbito da semiótica, da simbolização e da percepção do texto constitucional vivenciado à luz do "espírito de Constituição" mencionado por Pablo Lucas Verdú.[122]

Às vezes, em um plano político, a simbolização tem tanto ou mais valor do que a própria referência factual que a sustentou. Leonardo Martins[123] levanta um problema, no caso, a questão da constitucionalização de todo o ordenamento jurídico. Trata-se de uma questão típica do sistema concentrado alemão, pois se dá o fenômeno do “desparecimento gradual da fronteira entre o direito constitucional e o resto do ordenamento jurídico”, em especial do direito privado. Isso surgiu pela otimização das normas constitucionais, em especial as que garantem os direitos fundamentais no pós-guerra e a atuação decisiva do Tribunal Constitucional Federal, no sentido de ampliar sua proteção.

As razões desse fenômeno da constitucionalização estão relacionadas à forma como se desenvolveu a dogmática dos direitos fundamentais no pós-guerra e o comprometimento acirrado do Tribunal Constitucional Federal ao ampliar a sua proteção, a proteção de tais direitos.

---

[122] VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[123] MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 78.

Neste sentido, pode-se afirmar que a constitucionalização do ordenamento jurídico[124] tem consequências imediatas para as relações jurídicas privadas. O direito das obrigações, por exemplo, sofre grande influência dos critérios constitucionais e acaba tendo de ser interpretado justamente à luz da Constituição.

Martins[125] observa que cláusulas e institutos privados, como autonomia da vontade ou o princípio da *pacta sunt servanda*, acabam sendo muito enfraquecidos na medida em que o juiz, ao analisar o contrato, precisa avaliar sua constitucionalidade sob pena de, caso não o faça, violar direitos fundamentais. Ele ressalta que outra consequência relevante é o criticado aumento do poder judiciário, mais especificamente do tribunal especializado na aplicação do Direito Constitucional específico, neste caso, o Tribunal Constitucional Federal.

Leonardo Martins[126] considera que não se pode saudar o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico na medida em que é necessário assegurar uma clara delimitação entre o direito privado e o constitucional. Essa delimitação é crucial não apenas para preservar a autonomia e a diferenciação sistêmica entre os dois ramos jurídicos, mas também para preservar suas respectivas forças normativas.

Assim, preserva-se a força normativa do direito privado, permitindo que alcance sua finalidade, que é regular as relações jurídicas privadas de acordo com as decisões políticas previamente estabelecidas pelo legislador ao final do processo legislativo. Esse equilíbrio é viabilizado pela adequação funcional constitucional, pela legitimação democrática e pela força normativa do Direito Constitucional. Este último serve como baliza para o controle da instância política legislativa em relação aos preceitos mais fundamentais da sociedade política, estabelecidos pela força normativa da Constituição, que tem a capacidade de ser uma plataforma normativo-reflexiva.

Para Martins,[127] é essencial preservar a autonomia do direito privado e, portanto, a autonomia do legislador em si é crucial. Constitucionalizar todo o ordenamento jurídico, na visão dele, seria equivalente a "juridicizar" a política, comprometendo sua autonomia sistêmica e, consequentemente, a realização de sua função como prevista na Constituição.

---

[124] MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**... p. 78.
[125] MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**... p. 77.
[126] MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**... p. 78.
[127] MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**... p. 78.

Comprometer essa diferença significa, paradoxalmente, comprometer a própria razão de ser do Direito Constitucional, conforme delineado em seu caráter reflexivo mencionado anteriormente. Martins chama a atenção para o fato de que, no Brasil, em grande parte sem uma consciência real do problema, os operadores do direito estão constantemente inflacionando o processo de constitucionalização.

Para melhor ilustrar esse argumento, surgem os casos abordados no aprofundado estudo de Linda Colley,[128] que correlaciona a inflação dos textos constitucionais no mundo com rebeliões e revoltas de diversas naturezas. A respeitável estudiosa destaca que, durante um momento crítico na história política da África do Sul em 2017, um membro combatente do grupo "Combatentes da Liberdade Econômica", uma organização paramilitar de extrema-esquerda, participou de uma manifestação em Pretória exigindo a renúncia de Jacob Zuma por acusações de corrupção.

Quanto o manifestante percebeu que um fotógrafo se aproximava para fotografá-lo, imediatamente escondeu o rosto atrás de um exemplar da Constituição da África do Sul pós-*apartheid*, uma edição popular impressa por ordem de Nelson Mandela. Esse gesto pode ser interpretado como uma forma de autoafirmação, onde o indivíduo se identifica como um cidadão livre vivendo em uma nova realidade.

Da mesma forma, a jovem Olga Misik protestava em Moscou, em 2019, em meio a pessoas que estavam sendo espancadas pela polícia que reprimia a liberdade de expressão naquele país governado por Vladimir Putin. Olga segurava um exemplar da Constituição russa junto ao coração e partiu para o meio dos policiais. Inexplicavelmente, as agressões cessaram e em torno da jovem criou-se uma “clareira de liberdade e esperança”, como se aquele livro tivesse um significado maior. Constituições escritas, mesmo se violadas em momentos de paixão ou desilusão, ainda mantêm um poder de reunir e convocar o povo, como afirmado por Thomas Jefferson.[129]

Esse mesmo “espírito de Constituição”, ao qual Verdú fazia alusão, ajuda a compreender que o Estado Democrático de Direito é o resultado histórico da fusão do Estado de Direito com a Democracia. O regime político democrático é o paradigma para a instituição e o florescimento do Estado de Direito. Não é

---

[128] COLLEY, Linda. **Guerras, constituições e a formação do mundo moderno**. 1. ed. São Paulo: Zahar, 2022, p. 411-413.

[129] COLLEY, Linda. **Guerras, constituições e a formação do mundo moderno**... p. 411-412.

surpreendente que possamos ter Estados de Direito que não sejam democráticos, como as Constituições submetidas a regimes totalitários, exemplificado pela Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, revisada por Stalin e que entrou em vigor em 5 de dezembro de 1936.[130]

É dinâmica democrática é o que possibilita a existência das garantias processuais constitucionais, como o Mandado de Segurança Individual e Coletivo, o Mandado de Injunção, o *Habeas Data*, as Ações Diretas de Constitucionalidade e de Inconstitucionalidade, além da Ação Popular, entre outros mecanismos processuais. Isso ocorre por meio da institucionalização de um Processo Constitucional, que permite a efetivação desses instrumentos como ferramentas para proteção dos direitos fundamentais e para a preservação da ordem constitucional.

Não basta que uma Constituição reconheça direitos fundamentais[131] se lhes falta as garantias, que é o que assegura efetivamente a liberdade do exercício dos direitos que, embora tenham seu valor, terão ainda mais se os tornam eficazes, o que, aliás, é reconhecido por ícones da própria linha instrumental do Processo, não podendo restar dúvidas quanto a isso.

Todo caso jurídico só é satisfatoriamente solucionado quando visto sob o prisma do respeito às garantias constitucionais, decidido à luz dos princípios democráticos e republicanos delineados na Constituição. Essa solução deve estar em conformidade com a melhor resposta de direito e justiça que o sistema legal pode oferecer diante dos dramas humanos. Deve ser uma resposta constitucionalmente adequada aos paradigmas do Estado Democrático de Direito, evitando decisões que sejam repugnantes ao sentimento de justiça, razoabilidade e adequabilidade. Esses fatores constituem o paradigma inabalável de constitucionalidade democrática.

Não se pode deixar de reconhecer que o justo, razoável e adequado envolvem uma trama conceitual que, se não observada, expressa apenas indeterminação e pouco esclarece ao tentar abranger tudo, como é comum em uma semântica jusfilosófica grandiosa.

Certamente, nem tudo é considerado justo, adequado ou razoável por todos, pois a diversidade cultural, humana, psicológica, religiosa e antropológica faz com

---

[130] MOUSKHELY, M.; JEDRIKA, Z. **El Gobierno de la URSS**. Madrid: Technos, S.A., 1966, p.184.
[131] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**: aspectos contemporâneos. São Paulo: Fórum, 2006, p. 53.

que a construção da ideia de justo ou injusto não seja algo definitivo, consolidado ou percebido da mesma forma por todos, no mesmo sentir, modo e tempo.

Nessa parte, a filosofia do direito assume a responsabilidade na teoria jurídica. Cada abordagem sobre o direito é resultado de correntes filosóficas e seus pressupostos, de modo que, ao conhecermos esses fundamentos, podemos identificá-los e analisá-los no contexto para determinar de maneira mais apropriada as ideias mais próximas do que seja justiça, razoabilidade ou adequabilidade.

Todos os conceitos são construções humanas, não existindo outro universo de sentido além daquele criado pelo homem. Suas instituições e conceitos, como os de certo e errado, vida e morte, bem e mal, são elaborações do pensamento humano ao longo do tempo. Alguns conceitos são mais antigos e enraizados na humanidade, o que leva a questão a áreas como a psicologia, psicanálise, antropologia ou filosofia das religiões.

A cada rumo que o pensamento toma, há um caminho pavimentado por algum pensador de determinada época que, por algum motivo, crença ou influência de forças e interesses, elaborou seus conceitos sobre o mundo, o homem e a vida. O objetivo deste escrito é explorar as ideias em torno do direito, excluindo, inicialmente, outras considerações que não sejam estritamente de caráter jusfilosófico ou técnico-científico.

Não é difícil constatar, inclusive no dia a dia, que certas decisões são inconsistentes, muitas não refletindo um senso de razoabilidade, proporcionalidade e adequabilidade. Outras são escandalosamente injustas, e a comunidade jurídica não apenas deve exigir dos tribunais as melhores decisões, mas também fornecer instrumentos, argumentos e uma tecnologia decisória que possa incorporar uma racionalidade mais bem elaborada de acordo com os princípios aqui expostos, visando efetivar direitos e suas respectivas garantias.

A Filosofia da Linguagem[132] é uma da vertente do estudo da Filosofia que estuda as relações entre o pensamento, a linguagem e o mundo O sentido das palavras, de alguma forma, acaba refletindo o sentido dos pensamentos. Essa área de estudo ganhou destaque a partir do século XX, quando a Filosofia começou a investigar a linguagem por outros aspectos. Essa investigação filosófica é

[132] SEARLE, John. **Atos de fala**: um ensaio de filosofia da linguagem. Cambridge: Cambridge University Press, 1969; AUSTIN, J. L. **Como fazer coisas com palavras**. Tradução: José Joaquim Moura Ramos. Oxford: Clarendon Press, 1975; WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2001.

fundamental, sem mencionar a importância da linguagem para a psicanálise e para a psicologia.

Ao seja, ao mesmo tempo, o que se fala pode significar tudo ou pode significar nada. As palavras, por si, não valem, mas sim seu significado, que se revela em determinados contextos linguísticos, culturais e tecnológicos.[133] As palavras liberdade, democracia ou igualdade teriam um mesmo sentido em um Estado de Direito não democrático e em um Estado Democrático de Direito? O contexto dos direitos da Constituição de um país comunista teria o mesmo sentido de um país liberal assentado em um direito democrático? Certamente, não.

Assim como qualquer outra área, a temática do Processo no Direito também passa pelos mesmos desafios. O desenvolvimento do Processo seria o mesmo em um direito construído como base de um Estado de Direito não democrático em comparação a um Estado Democrático de Direito? Certamente que não. De igual forma, não se pode iniciar uma discussão sobre o processo sem entender em qual contexto essa discussão se baseia, pois antes de discutir sobre qualquer instituto jurídico, é necessário estabelecer em qual fundamento se constrói a estrutura mental.

Assim, o que seria normal em uma concepção de direito não democrático, como atos de poder do juiz desligados dos pressupostos de um Estado de Direito estabelecido em princípios como ampla defesa, por exemplo, é inaceitável à luz de um tipo de direito produzido de maneira democrática. Da mesma forma, exigir ampla defesa, contraditório, isonomia, devido processo ou outras garantias em um contexto de direito para o qual esses institutos não têm sentido histórico seria igualmente inaceitável.

Como invocar transparência administrativa, estrito respeito ao direito sobre a identificação de quem interrogará o suspeito, a assistência de advogado, o devido processo com a ampla defesa, o contraditório? Portanto, a cada direito, há um tipo de visão, uma espécie de construção mental do mundo, pois não há outro mundo senão aquele que o homem consiga conceber e imprimir um significado.

---

[133] Imagine-se o que os indígenas isolados da Amazônia pensam quando veem um avião sobrevoando suas aldeias. Imagine o desespero e a incompreensão quanto àquela tecnologia absolutamente alheia à sua capacidade mental e experiencia social, tal qual uma nave espacial vinda do espaço. Caso viesse a entrar em contato com a humanidade, qual não seria o choque diante de tal constatação? O choque ante uma tecnologia desconhecida?

Até o ponto em que se sai da caverna, como no mito da caverna de Platão, os habitantes percebem que o que pensavam ser a realidade era, na verdade, um mundo de sombras projetadas, distorcendo a percepção da verdadeira realidade.

Conclui-se que toda ideia precisa estar ancorada em uma certa concepção de mundo e vida. Independentemente de ser considerada melhor ou pior, certa ou errada, é crucial compreendê-la tanto quanto possível, pois é a partir dessa compreensão que se podem estabelecer as bases da argumentação, no caso específico, a argumentação jurídica.

Para Gadamer,[134] a compreensão se dá de acordo com um horizonte de sentido, não sendo um processo aleatório, mas, sim, derivando da condição histórica em que se encontra. Há uma pré-compreensão que surge em uma situação na qual já se está, de algum modo, envolvido. A compreensão ocorre tendo como pano de fundo um "horizonte de compreensão", no qual conceitos, crenças, a relação e a interpretação do mundo não podem simplesmente desaparecer. Experiências, preconceitos e outros elementos formam esse horizonte de sentido ou compreensão, incorporando a tradição.

À medida que nos aproximamos do horizonte, eleva-se mais a compreensão, permitindo-nos ir além do que já é de alguma forma familiar ou pré-compreendido. Gadamer[135] ressalta o “conceito de horizonte deve aqui ser retido”, pois expressa a amplitude de visão necessária para a compreensão. Ele explica que "adquirir um horizonte" significa "aprender sempre a ver além do que está próximo, não para afastar o olhar, mas para enxergar melhor em um contexto mais amplo e proporções mais justas".

A democracia precisa ser vista sob considerada sob esse aspecto de horizonte norteador. A democracia substancial, nas palavras de Charles Tilly,[136] pode ser identificada como abordagens substantivas que se concentram nas condições de vida e de política que determinado regime promove. Ele destaca que se um regime promove "o bem-estar humano, a liberdade individual, a segurança, a equidade, igualdade social, deliberação pública e resolução pacífica de conflitos",

---

[134] STEIN, Ernildo. **A consciência da História**: Gadamer e a Hermenêutica. Disponível em: https://bit.ly/49gvOrB. Acesso em: 30 nov. 2023.

[135] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 327.

[136] TILLY, Charles. **Democracia**. Tradução: Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 21.

pode ser chamado de "democracia", independentemente do que está escrito em sua Constituição.

Ciro di Benatti Galvão e Luciana Gaspar Melquíades Duarte[137] observam que a teoria dos direitos fundamentais pode ser manuseada de tal forma que assegure ao Estado formas de dominação. Para evitar ou minimizar tais efeitos negativos, é necessário aprimorar a ideia de democracia substantiva, que envolve a recuperação da noção de pertencimento do povo. Isso implica a participação ativa do povo nos espaços públicos de interação, nos quais incluem o próprio Estado.[138]

É na figura do povo participando e intervindo nos processos decisórios que reside a essência da democracia substantiva. O povo é a real instância de atribuição de legitimidade ao comportamento do Estado, que somente se legitima a partir do protagonismo social. Isso desafia os interesses dos grupos dominantes que veem no Estado sua caixa de ressonância.

Quando a legitimidade se justifica a partir do protagonismo popular, as raízes dos processos coloniais ressurgem por meio de um aparato estatal subserviente, incluindo órgãos legislativos e outras instâncias. A democracia substantiva é oposta à dominação estatal e implica na recuperação da relevância da "esfera pública" como um ambiente propício para discussões sobre políticas públicas.[139]

A democracia representativa não se presta às finalidades complexas do mundo atual, considerando que o problema da crise da representatividade política é gritante, sendo necessário pensar o que fazer para impedir o Estado de agir em desarmonia com os interesses democráticos. Pensa-se então na importância da participação política direta, exigindo-se a fiscalização da atividade estatal, buscando responsabilizar os infratores por violarem o interesse verdadeiramente público,

---

[137] DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; GALVÃO, Ciro di Benatti Galvão. Direitos fundamentais, dominação estatal e democracia substantiva. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 22, n. 3, p. 109-129, 2017. Disponível em: https://bit.ly/42mimQK. Acesso em: 29 jan. 2024.

[138] Não se pode confundir o estatal com o público. Embora este tema fuja do foco de discussão da tese, é conhecido que há diversas reflexões no sentido de que o estatal não se identifica com a esfera pública. Inclusive, pode-se argumentar que o interesse público não é e nem pode ser equiparado ao Estado como um todo. Menelick de Carvalho Netto não nega que o Estado seja o centro da esfera pública; no entanto, destaca o risco de privatização por seus eventuais ocupantes. Por essa razão, a arquitetura constitucional assegura o acesso da periferia a essa esfera de poder. Assim, a sociedade civil organizada precisa ter um caminho de acesso e controle permanente sobre esse centro, considerando-o algo imprescindível. (CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. *In*: BERNARDES, Wilma Lúcia Maia. **Federação e federalismo**: uma análise com base na superação do Estado nacional e no contexto do Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. xii-xv).

[139] CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. *In*: BERNARDES, Wilma Lúcia Maia. **Federação e federalismo**... p. xii-xv.

buscando-se uma solução.

O tema tem ganhado destaque em um ritmo crescente, mas poucos estudos têm se dedicado a explorar a raiz do conceito. A ideia original de que a democracia representativa não esgota sua legitimidade e eficácia apenas com o depósito dos votos na urna tem sido cada vez mais reconhecida.

Essa modalidade representativa não consegue cumprir plenamente sua função no espaço público, uma vez que o instrumento democrático se tornou extremamente limitado por conta da crise de representação, que não é um fenômeno recente. Há muito tempo, Rousseau já apontava para esse problema.

Segundo Jean Jacques Rousseau,[140] ao contrário da democracia direta praticada pelos antigos gregos, a democracia representativa é o resultado do abandono do cidadão em relação ao tratamento direto das questões vitais do Estado, das questões de ordem e do interesse público. Os cidadãos preferem simplesmente pagar pelos serviços públicos em vez de trabalhar diretamente em prol da pátria. Eles são representados por deputados, e para proteger a soberania de seu país, delegam essa proteção a um exército. No entanto, Rousseau argumenta que essa abordagem leva o Estado à beira da ruína, à força da "preguiça e dinheiro", resultando em cidadãos que preferem ficar em casa. Isso acaba gerando "soldados para escravizar a pátria" e "representantes para vendê-la".

O escritor francês afirma que, em cidades bem governadas, os cidadãos têm o desejo de participar das assembleias. No entanto, em um governo ruim, não há interesse dos cidadãos nas questões coletivas, pois sabem que os interesses de poucos prevalecerão em detrimento da vontade geral. Boas leis geram outras boas leis, e o oposto também é verdadeiro.

Quando os cidadãos afirmam que não se importam mais com os assuntos públicos e se afastam, isso indica que o Estado está perdido e o amor pela pátria está enfraquecido. A ideia de que os deputados, como representantes do povo, seriam a solução para esses problemas é considerada um equívoco, influenciado por fatores como atividades particulares, o tamanho dos Estados e os abusos do governo.

Jean Jacques Rousseau[141] observa que a ideia de representantes não é

---

[140] ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 112-113.
[141] ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**... p. 114.

algo novo, mas, sim, que surgiu nos governos feudais, um regime que degradou a espécie humana, e nas antigas repúblicas e monarquias. O povo nunca teve representantes e a expressão “representantes” era ignorada. Por isso, toda lei não advinda diretamente das mãos do povo, sem sua ratificação direta, seria nula e ilegítima.

Paulo Bonavides[142] destaca o desacordo em torno do termo "representação" entre dicionaristas e publicistas, e discute se a questão se refere à duplicidade ou identidade de vontades políticas. Ele aponta que a duplicidade de vontade foi o ponto de partida de todo o sistema representativo, tanto na Inglaterra quanto na França e outros países europeus.

Esse sistema surgiu nas raízes constitucionais que antecederam o Estado Liberal, que conferiu poder à burguesia na sociedade ocidental. Uma vez eleito, o representante passou a ter uma vontade independente do representado, criando uma ficção na qual o representante torna-se o soberano com poderes para decidir em nome de um suposto bem comum.

Esse representante passa a ser considerado o órgão de um corpo político de natureza espiritual, a nação. Ao externalizar sua vontade, o representante o fazem em nome da nação e do bem comum, simbolizando e interpretando o querer dessa nação.

A Revolução Francesa desempenhou um papel significativo na transformação do status do representante, estabelecendo a ideia de que o representante teria uma independência soberana e não precisaria prestar contas de seus atos àqueles que o investiram com tais poderes políticos de representação.

Embora a vontade do povo fosse válida para escolher um representante, a ideia de que o representante deveria retornar constantemente às suas bases eleitorais para validar suas opções, atos e interesses em nome do povo foi rejeitada. Essa abordagem reflete a teoria da duplicidade, que sugere que, uma vez investido no cargo, o representante não age mais em nome do povo, mas sim em nome da "nação". Após a Revolução Francesa, a ideia de mandato imperativo, no qual o representante estaria vinculado de maneira rígida à vontade do representado, foi banida da ordem constitucional. A compreensão era de que a vinculação entre as vontades do representante e do representado não poderia ser tão estreita a ponto de

[142] BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 258-259.

serem consideradas uma só vontade, especialmente a vontade do representante.

Bonavides,[143] ao apoiar os estudos de Jhon Fairlie, argumenta que Jhon Milton já em 1660 destacava a irresponsabilidade política e o descompromisso dos Deputados após as eleições. Em 1698, Algernon Sidney também aborda esse aspecto, afirmando que “os membros do Parlamento não seriam meros simples emissários de uma dada região eleitoral, mas sim agentes aptos à representação política de todo o reino”.

Essas considerações revelam claramente a existência de vontades distintas e legítimas no âmago da representatividade política, em uma estrutura onde a organização do poder político bifurcava as vontades do eleitor e do seu representante legal. Essa construção é fundamentada na doutrina da "duplicidade", respaldada por pensadores ingleses de grande peso, como Blackstone e Burke.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, a questão da representação política foi discutida e delineada, e de maneira semelhante, na França, também houve uma análise do tema. Bonavides[144] esclarece que, na França, Montesquieu foi quem introduziu a versão continental do sistema representativo.

Ele partiu do pressuposto de que o povo não possuía as condições e recursos técnicos apropriados para discutir seus próprios interesses, como defendido em sua obra fundamental *Do Espírito das Leis*. Sua perspectiva sugere que o papel do povo seria simplesmente escolher os representantes, para o qual estariam qualificados, mas apenas para essa finalidade.

Até então, o debate era circunscrito a argumentos contrários e favoráveis a questão da representação política dos deputados, bem como em suas relações com suas bases políticas . Isso indicava uma crise em torno da ideia da representação política e do conceito de democracia representativa. Jacques Maritain desempenhou um papel crucial ao desenvolver um conceito democrático que transcendesse os aspectos meramente procedimentais ou formais de um modelo político. Sua contribuição foi além da simples exaustão do voto na urna, buscando uma perspectiva que enxergasse a democracia como um sistema valorativo.[145]

---

[143] BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**... p. 261.
[144] BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**... p. 261.
[145] MARITAIN, Jacques. **Cristianismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Agir, 1949.

Sobre este tema, Luigi Bonanate e Roberto Papini[146] afirmam que Maritain construiu um modelo alternativo, não apenas em contraposição aos regimes totalitários em expansão na Europa, mas também em relação às democracias burguesas que não conseguiram efetivar o bem comum.

Ele propôs uma nova categoria ou paradigma, que considerasse os valores do cristianismo, sua história, sua filosofia e seu potencial. Maritain argumentava que era necessário reconhecer o valor do pluralismo nas estruturas políticas, econômicas e culturais, produto da modernidade, e perceber a democracia como uma consequência valiosa dentro do seu projeto de nova cristandade.

O que Maritain trazia à luz era a sua construção do humanismo integral,[147] que implicava o acolhimento de uma postura pluralista,[148] integrativa e que levasse considerasse os diversos valores em conflituosidade. A postura do laicato católico neste novo mundo, marcado pela divisão entre totalitarismos de direita e esquerda, bem como entre regimes econômicos coletivistas e capitalistas, envolvia o uso da doutrina social da Igreja Católica.[149]

Tal proposta foi bem recebida no mundo intelectual, mas também se apresentou como um instrumento de efetivas mudanças, pois trazia em si uma concepção de democracia que tinha a força de seduzir tanto agremiações de esquerda quanto de direita. Apesar de ser criticada por incorporar valores de ordem “comunista”, para alguns setores mais conservadores foi o fruto do que mais tarde se tornaria, na Europa, uma corrente política, a social-democracia.

A tendência inspirada na filosofia política de Jacques Maritain ainda não superou todos os desafios, apesar de ter sido parcialmente descartada por algumas linhas críticas, principalmente na Europa. Não obstante, essas críticas não apresentaram uma alternativa mais eficaz. Isso é evidente na experiência observada na Itália, na França, na Espanha e em um esboço na própria América Latina.

Não se pode negar que a própria Constituição brasileira de 1988[150] é uma expressão eloquente da tentativa de se conciliar ideologias constitucionalmente

---

[146] BONANATE, Luigi; PAPINI, Roberto. **Democracia internacional**: una introducción al pensamiento político de Jacques Maritain. Buenos Aires: Club de Lectores, 2008.

[147] POZZEBON, Paulo Godoy. **Fundamentos do pensamento democrático de Jacques Maritain**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Filosofia. Universidade de Campinas (Unicamp). Campinas, SP, 1996. Disponível em: https://bit.ly/4bcTBu3. Acesso em: 24 jan. 2024.

[148] MARITAIN, Jacques. **Cristianismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Agir, 1949.

[149] MARITAIN, Jacques. Humanismo integral: uma nova visão da Ordem Cristã. **Serv. Soc. Rev.**, Londrina, v. 4, n. 1, p. 7-25, jul./dez. 2001.

[150] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em:

adotadas com matizes sociais democráticos, com evidentes matizes de capitalismo e de socialismo. Essa conciliação se reflete na prática democrática e é uma tradução da influência da filosofia política de Jacques Maritain.

O humanismo integral de Maritain, ao abordar desde a origem o problema da crise da representatividade política no sistema representativo democrático, propõe um enfoque sobre a questão da democracia. Ele a vê não apenas como um regime político baseado nas categorias de representação e representados, mas sim como um valor. Dessa forma, ele aproxima a democracia do sentido substancial deste regime político.

Charles Tilly[151] observa que em um modelo substancial de democracia, os valores e objetivos sociais são colocados à frente da forma, maneira ou procedimento pelo qual estes vieram a se tornar realidades normativas ou políticas públicas.

A natureza democrática de um determinado regime reside em sua capacidade de "implementar os projetos constitucionais sobre os quais se assentaram as instituições políticas". Isso independente do poder ao qual se refere, pois, para a corrente substancial, "é democrático o regime que habitualmente alcança tais objetivos, independentemente da instância política que a concretize".

Os estudos hermenêuticos que abrangem os contextos da linguagem destacaram de maneira eficaz a ideia de que o tratamento conceitual dos diversos temas ocorre na perspectiva de um horizonte de sentidos, inserido em um pano de fundo compartilhado, permeado pelo silêncio. Antes mesmo do que é explicitamente expresso, existe uma espécie de pré-consenso sobre o significado, a razão e a extensão do que está sendo comunicado.

Os requisitos para construir e transitar no mundo das ideias, concepções e construções mentais, em um contexto de percepção, são fundamentais em um quadro institucional como o Brasil, pautado na Constituição Federal de 1988, que estabelece o Estado Democrático de Direito. Alguns dos pilares incluem a presunção de inocência e o devido processo legal. Apesar de pressupor a ampla defesa e o contraditório, essas garantias são previstas de forma autônoma na Constituição, com outros princípios e garantias.

---

https://bit.ly/3vKUnOW. Acesso em: 15 jun. 2023.

[151] TILLY, Charles. **Democracia**. Tradução: Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 21.

Em algum lugar, as ideias precisam estar ancoradas. Não é no vazio, no vácuo do não ser que estaria enraizada uma concepção, uma ideia, um conceito. Por certo, são as ideologias, as crenças, os costumes e as ideias políticas que servem de sustentáculo para os conceitos, as concepções, as noções de vida, de homem e de mundo, a noção do justo e do injusto, da qual dispõe o julgado para distribuir a justiça.

A questão está em saber de qual vida, qual homem e qual mundo se está tratando. Nesse sentido, a relevância dos paradigmas, dos contextos e dos modelos de Estado (liberal, social, democrático de direito) se destaca, assim como a importância das leituras entrecruzadas entre Direito Político, Direito Comparado, Sociologia Sistêmica, Filosofia da Linguagem, literatura, economia e diversas outras áreas do saber. Um exemplo sofisticado de falseamento do direito e distorcida pedagogia democrática é a violação da Constituição sob o argumento de estar defendendo a mesma Constituição violada.

Qual é a segurança jurídica de um povo que reconhece ser possível desrespeitar a Constituição de forma impune? Muitas vezes, a aposta na ilegalidade e inconstitucionalidade parece compensar, uma vez que é possível contornar a situação com base em uma declaração de inconstitucionalidade modulada no tempo.

A compreensão das demandas sob o horizonte de sentido do constitucionalismo moderno não apenas recomenda, mas exige do julgador uma decisão constitucionalmente adequada aos paradigmas do Estado Democrático de Direito. Essa decisão deve levar em consideração os argumentos trazidos ao debate público, sem desprezar sua densidade jurídica.

Os valores da República implicam a convivência de homens iguais em direitos e deveres, igualdade em dignidade e direitos, sem excluir uma opção preferencial pelos mais pobres diante do fundamento da dignidade da pessoa humana, que é o alicerce da própria república federativa do Brasil.[152]

O valor democrático que permeia toda a vida institucional e as relações entre cidadão e Estado está positivado no regime político brasileiro. Esse valor assegura a existência e a efetividade de canais institucionais que possibilitam a ampla e equiparada participação do cidadão nas decisões públicas, tanto em procedimentos que possam afetar sua liberdade quanto em relação ao exercício de qualquer dos

[152] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3vKUnOW. Acesso em: 15 jun. 2023.

poderes da República. Isso é evidente especialmente nos casos que refletem as angústias e os conflitos da sociedade, os quais precisam ser enfrentados e resolvidos institucionalmente sob pena de gerar frustração e revolta.

No Estado Social, a evolução da interpretação da lei permitiu superar os raciocínios hermenêuticos que limitavam a função do juiz à mera atividade de declarar a lei, tornando tudo revestido de aparente legalidade. A visão de considerar o juiz como um autômato, um órgão do Estado cuja função se limita à aplicação mecânica da lei aos fatos, foi insatisfatória. Diante da vigorosa mudança ideológica em direção à democracia participativa, tornou-se inadequado restringir a atuação do juiz a apenas indagar a real vontade do legislador.

Surgem então técnicas de interpretação que rejeitam a busca do mero sentido subjetivo dessa "vontade do legislador", mecanismos interpretativos mais livres e adequados à ideologia que alicerçava o Estado Social. Contudo, não se pode perder de vista a advertência de Washington Peluso Albino de Souza,[153] no sentido de que a imposição dos interesses dominantes por recursos constitucionais pode levar ao rompimento do modelo ideológico originário e substituí-lo até mesmo pelo seu oposto, "excluindo" os anteriores beneficiários.

Menelick de Carvalho Netto[154] registra a fase em que o juiz não mais podia ter sua atividade reduzida à mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei, tomada como a premissa maior, e sob a qual se subsumia automaticamente o fato. A hermenêutica jurídica passou a demandar métodos mais sofisticados, como análises teleológicas, sistêmicas e históricas, todos plenamente capazes de emancipar o sentido a ser conferido à lei, indo além da mera vontade subjetiva do legislador.

Com a pós-modernidade, abriram-se ao Judiciário novas possibilidades, ampliadas pela filosofia da linguagem, sociologia, ciência política e psicanálise. Essas disciplinas se entrelaçam e proporcionam ao julgador parâmetros mais avançados, permitindo a aplicação da lei em um universo de complexidades. Isso não implica negar ou sufocar tais complexidades, mas sim escoá-las de maneira sistemática e integrada. Essa abordagem evita conclusões absurdas e injustas, que não raramente ofendem até mesmo o bom senso.

---

[153] SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 554-555.

[154] CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 308.

Guiando-se pela noção de nova concepção paradigmática, é preciso partir de uma distinção entre direitos e garantias e uma nova concepção de Processo que leve em sua formulação certos aspectos atinentes à dignidade da pessoa humana, igualdade e convivialidade.

Sem as garantias e o simbolismo totêmico expressos pelas garantias constitucionais na cultura dos povos, os direitos ficam à deriva. Com uma técnica de redação aprimorada, a Constituição de 1988 diferenciou direitos e garantias fundamentais ao segmentar o Título II em "Dos Direitos" e "Garantias Fundamentais". Essa diferenciação sugere que as garantias fundamentais funcionam como modelos processuais destinados a assegurar a efetividade dos direitos.

> Essas garantias são de aplicação imediata, pois, conforme o art. 5º, § 1º da Constituição brasileira de 1988, normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isso significa que não se admite o argumento de que possa haver normas constitucionais programáticas, o que seria estranho à modelagem jurídico-constitucional do processo no Estado Democrático de Direito.

A acepção constitucional de Processo só foi possível a partir de autores como Elio Fazzalari, que, ao utilizar os conceitos de procedimento, processo e contraditório, propôs uma importante releitura da teoria do processo. Essa abordagem foi acolhida e, de certa forma, já estava sendo iniciada por outros pensadores, mas foi com Fazzalari que essa perspectiva ganhou corpo de maneira significativa. Autores de diversos horizontes agora se dedicam ao estudo desse tema com extrema competência e de forma inspiradora.

Na doutrina processual brasileira, há um marco divisor em torno da concepção de Processo, que por muito tempo permaneceu estagnada, refletindo o próprio momento político em que a nação foi mergulhada durante os anos da ditadura militar. Esse período impactou todas as áreas do Direito, não apenas o Processo, como evidenciado na repressão sofrida pelos artistas, cuja atividade criativa era constantemente cerceada pela violência efetiva ou simbólica desde seu surgimento.

Assim, as disciplinas de Direito mais relacionadas ao Estado,[155] como Direito

[155] Devido à superação da dicotomia entre Direito Público e Privado, evita-se aqui uma nomenclatura que possa induzir a tal compreensão errônea, sendo suficiente referir-se a matérias mais

Administrativo, Tributário e Financeiro, Direito Penal, a Teoria Geral do Estado, o Direito Constitucional, bem como as diversas modalidades de Direito Processual, foram todas moldadas à luz do autoritarismo no que diz respeito ao sistema jurídico. Houve momentos em que áreas menos afetadas, como Direito Civil, Comercial e Direito do Trabalho, apenas para citar alguns exemplos, foram impactadas por essa modelagem.

Na seara do Direito Trabalhista Sindical, por exemplo, ocorriam invasões do Direito Penal para criminalizar a atividade de lideranças grevistas. O Direito Público, como um todo, identificava o interesse público exclusivamente no interesse estatal, refletindo os interesses das elites governantes.

Os juristas se viam condicionados à reprodução de um direito abusivo, não democrático e reprodutor de matrizes autoritárias. O próprio ato de reconhecer-se como parte de um sistema antidemocrático era notável, pois não se proporcionava a oportunidade para que o oprimido se conscientizasse de sua condição.

Não se está aqui referindo à questão da opressão como natural emanação do conflito de classes de viés marxista, mas, sim, à condição do cidadão oprimido em todas as suas dimensões. Mesmo aqueles que, devido a condições de riqueza ou maior ascensão social, mantinham melhores relacionamentos institucionais ou privados não escapavam dessa dinâmica. Essa situação não era exclusiva de ditaduras, sendo que, em alguns casos, essas redes de influência eram utilizadas até mesmo para ações meritórias.

Afora os juristas oficiais do sistema, cuja finalidade era reproduzir as mesmas condições para chegar aos mesmos pontos e preservar a ideologia dominante, havia outros que foram rareando e encolhendo por conta do progressivo avanço das perseguições políticas. Isso incluiu cassações de funções, de mandatos político-eleitorais, suspensões de direitos políticos, intimidações e até mesmo execuções, muitas vezes disfarçadas de acidentes ou outros infortúnios.

Portanto, não é difícil imaginar, nesse cenário, a dificuldade de considerar o Direito como uma instância de emancipação, cidadania, liberdade e, principalmente, de contenção formal aos abusos de toda ordem, provenientes das mais diversas direções. Isso ocorria num período em que a tortura, a delação e o terror eram praticados em nome da lei, sob o disfarce de ordem e progresso. Aqueles que

---

aproximadas da estrutura estatal e menos aproximadas.

contestavam tal ordem de coisas as consequências mais funestas.

Mas, como são os homens que faz os tempos e não os tempos que fazem os homens, tempos duros geram homens que conseguem se tornar ainda mais resistentes do que os próprios tempos que os forjaram. Houve aqueles que resistiram e abriram caminhos.

Nessa resistência, feita de paciência e ousadia, coragem e competência, em torno das questões vitais que afetavam o país, foram sendo estruturados estudos que reatavam a ideia da força da lei estatal, imposta com a legitimidade do súdito que a aceita.

Fruto dessa lenta, mas profícua caminhada, ocorreu a recuperação dos espaços democráticos, e o enfrentamento teórico na seara da institucionalidade foi se desenvolvendo com a intensificação dos estudos do Direito Constitucional. Esses estudos foram marcados por resiliência e combatividade, dando origem a teorias democráticas dos Direitos que, ao longo do tempo, se disseminaram por todas as áreas do estudo jurídico. Isso revelou uma multiplicidade de estudos, principalmente provenientes dos Programas de Pós-graduação, que foram sendo levados aos mais recônditos cantos da nação , atualmente, tornaram-se realidade de forma promissora.

De um lado, o Processo, em sua versão instrumental, servia para perpetuar a estrutura política por meio da linguagem jurídica, conforme desvelado por autores como Luis Alberto Warat,[156] atestado por contemporâneos e sua geração, como Roberto Aguiar,[157] este de uma geração mais recente, apenas para citar alguns dentre tantos.

A concepção de processo, justiça e sistema legal começou a ceder espaço para questionamentos mais aprofundados, iniciando o desmonte do castelo de cartas marcadas do dogmatismo positivista, arbitrário e dominador, com sua técnica decisionista. Isso se aproximou de aspectos mais sensíveis do Direito Constitucional, evidenciando que o Direito, como instância técnica de dominação social, defronta-se com um direito crítico e questionador, embasado em um discurso emancipatório e inclusivo.

Essa clivagem ideológica começou a se evidenciar ao perceber que a

---

[156] ROCHA, Leonel Severo. **A aula mágica de Luis Alberto Warat**: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do direito. Disponível em: https://bit.ly/3u9IDF5. Acesso em: 2 jan. 2024.

[157] AGUIAR, Roberto A. R. de. **Os filhos da flecha do tempo**: pertinência e rupturas. Brasília: Letra Viva, 2000.

clássica leitura instrumental do processo, enquanto instrumento de jurisdição para alcançar escopos metajurídicos, finalidades além do processo, podia prestar-se a tudo, desde uma eventual concretização da justiça até uma bem trabalhada tergiversação. A visão instrumental do processo não se sustentava diante de uma nova estrutura formatada metodologicamente, segundo parâmetros de um direito democrático. Quando se percebe que a tela é maior do que o quadro, é evidente que há algo que não funciona. Era o despontar do Processo Constitucional!

Não importam as virtudes intrínsecas do julgador, nem que se acredite em uma modelagem processual que busque nas forças morais do juiz, dotado de boas intenções, a origem de decisões justas, equânimes e sensatas. São os mecanismos de autocontenção da exorbitância do poder, amalgamados na Constituição e dotados de sua Força Normativa, que desempenham um papel crucial. Isso não se refere ao sentido de Constituições meramente simbólicas, como as tratadas por Marcelo Neves,[158] mas a símbolos que reforçam o sentimento de Constituição, conforme discutido por Pablo Lucas Verdú.[159]

Importava criar mecanismos mais sofisticados e seguros para se contrapor ao instrumentalismo do Processo. A escola instrumental passou como que desapercebida por muitos anos em razão de grande influência de uma elite intelectual situada, não por acaso, no berço adornado pela elite brasileira, que educava suas gerações previamente formadas no continente europeu.

Quando o Estado de São Paulo, fortíssimo economicamente, tornou-se a caixa de ressonância para influenciar outros centros com teorias mais úteis aos poderes no comando, estabeleceu-se um processo institucional muito forte que acabou sendo transmitido para as gerações seguintes. Isso gerou, por um lado, grande respeitabilidade pelos caminhos culturais desbravados, mas, por outro lado, uma grande cobiça em relação à dominação política de centros reprodutores de comportamentos e valores.

Também por conta do fato de São Paulo ser o maior centro econômico do país e concentrar os grandes interesses do capital mais do que em outras regiões, todos esses fatores se somaram, estabelecendo uma localização geopolítica de inegável superioridade em relação a outros centros do país.

Herdeira dessa tradição e circundada por esses elementos, não foi difícil

---

[158] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
[159] VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**...

para a escola instrumental paulista logo se fazer seguir. Além disso, o ensino do Direito Processual ganhou em respeitabilidade e prestígio por ter acolhido aquele que seria reconhecido como um dos maiores luminares da processualística: Enrico Tulio Liebmann, sem dúvida, foi um dos grandes propulsores da Ciência Processual no Continente Sul-americano.

Em virtude de tudo isso, surgiram as condições ideais para novas teorias se espalharem rapidamente desse grande centro, irradiando novos influxos na comunidade jurídica e alcançando grandes dimensões. O fato é que, com o tempo, o instrumentalismo foi se amoldando, criou-se, fortaleceu-se e foi delineado em um período não democrático no Brasil e na América Latina, impregnando gerações e espalhando-se por diversas legislações, ecoando por tantas reformas quanto foi possível.

Dinamarco,[160] líder inconteste de uma geração de juristas, afirma que é essencial vincular a concepção de processo enquanto instrumento aos seus respectivos objetivos a serem alcançados mediante seu emprego. Todo instrumento é meio, e todo meio só se legitima em função dos fins a que se destina. Isso delimita a Ciência Processual a partir da mecânica cientificista estruturada na causa e no efeito, seguindo o modelo científico das ciências ditas exatas, com ascensão para as áreas das ciências sociais.

A partir dessas amarras conceituais, Dinamarco vincula essa noção instrumental de processo aos chamados "escopos do processo", aos seus "propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam", revelando o grau de sua utilidade. Ele associa os escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição a uma "tomada de consciência teleológica", incluindo a especificação de todos os objetivos visados e de como interagem como uma "peça importantíssima no quadro instrumentalista".

De outra perspectiva, nos últimos anos, surge um grupo de juristas mineiros que passou a propagar os estudos advindos principalmente da Itália, a mesma nação de onde proviera Enrico Tulio Liebman.[161] Isso ocasionou uma releitura das instituições processuais brasileiras. Além disso, esses autores haviam se reunido em torno dos estudos temáticos iniciados por José Alfredo Oliveira Baracho sobre o

---

[160] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.

[161] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Butshatsky, 1976.

Processo e a Constituição, cujas ideias centrais foram analisadas anteriormente, pavimentando o enfrentamento dessa parte da polêmica temática. Isso ocorreu justamente por lhes caber a semeadura de tão relevante teoria no cenário brasileiro.

Essa vertente de estudo aliou-se com as noções de Processo mais amadurecidas, que o compreendiam como uma instituição constitucionalizada e não um mero instrumento manipulável, sem as devidas amarras assentadas na própria Constituição. Ao consolidar a tutela sobre a própria garantia de todos os direitos fundamentais positivados na Constituição, a ciência processual, nas suas diversas ramificações, alcançou um patamar científico mais refinado, estruturado e, acima de tudo, construído a partir das bases de um Direito democrático.

Autores como Rosemiro Pereira Leal,[162] na área do Processo Civil; Aroldo Plínio Gonçalves,[163] na área do Processo e Processo do Trabalho; Sergio Luiz de Souza Araújo,[164] na área do Processo Penal, entre tantos outros, passaram a divulgar o pensamento do jurista italiano Hélio Fazzalari[165] e a sublinhar a grande relevância de suas teses. Essas teses proporcionam um novo contorno ao instituto do contraditório e à sua função na teoria geral do processo, aprofundando a sua compreensão numa interface funcional com o Direito Constitucional.

O Processo não é um instrumento para alcançar fins dos mais diversos ou ainda incertos, como definiu Ítalo Augusto Andolina,[166] pois "o Processo se transforma sob a ótica constitucional, se transforma no próprio instrumento das garantias".[167] Além desse autor, José Alfredo de Oliveira Baracho[168] trabalha nessa mesma perspectiva institucionalista do Processo.

Baracho[169] cita o jurista mexicano Hector Fix-Zamúdio, com relevante obra publicada em 1956 sobre Direito Processual Constitucional. De igual forma, tornou-se citação obrigatória as obras dos autores italianos Ítalo Augusto Andolina e Giuseppe Vignera, os quais delinearam um autêntico modelo constitucional de

---

[162] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
[163] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
[164] ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1990.
[165] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006.
[166] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile**: il modello constituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 11.
[167] Do original: "*Il processo é divenuto, entro l"ottica costituzionale, lo strumento precípuo di garanzie*".
[168] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 106.
[169] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**... p. 106.

processo. Compreendiam que, apesar de haver variados procedimentos, só poderia ser designado Processo o que era compatível com as garantias constitucionais, por isso “um só modelo constitucional de processo”.[170]

No Brasil, é preciso que se reconheça que os estudos pioneiros a respeito da teoria constitucionalista do processo são atribuídos a José Alfredo de Oliveira Baracho,[171], para quem o Processo Constitucional é elemento estruturante no contexto de um ordenamento jurídico complexo que exige constante observação e controle da norma infraconstitucional com o texto constitucional.

Andolina e Vignera,[172] por ocasião dos estudos do Projeto de Processo Civil Italiano, de 1948, ao analisarem os fundamentos constitucionais da justiça civil italiana, referem-se a um “modelo constitucional do processo civil italiano” e afirmam que após 1948 “o Processo na Itália” tornou-se uma entidade de “modelo único e tipologia plúrima”, exprimindo com eficácia a ideia de que “há um único paradigma constitucional de processo”. Se existe ou se pode algo além disso, seria uma “uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais.[173]

Pode haver muitas jurisdições, como administrativa, canônica e jurisdicional; contudo, a ideia de Processo somente se coaduna legitimamente se imersa na dimensão de constitucionalidade. Seu paradigma constitucional único de Processo é definidor do Processo como a garantia de natureza constitucional, pois não convivem isoladas as duas realidades. Podem existir muitos tipos jurisdicionais, mas somente um modelo de processo, que é o modelo constitucional.

Portanto, a concepção de Processo a partir de jurisdição não é considerada compatível com uma visão garantista de uma Constituição democrática. A razão para isso reside na associação de termos como segurança, garantia, proteção, fundamento, força protetora e força normativa, os quais remetem a uma única realidade: evitar violações, desrespeito, abusos e transbordamentos de poder que ocorreram durante os anos de Guerra na Europa e que descaracterizaram o Direito.

---

[170] MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 43-55, 2016. Disponível em: https://bit.ly/42aaEZQ. Acesso em: 15 jun. 2023.

[171] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984, p. 106.

[172] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile**... p. 11.

[173] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile**... p. 11.

Hélio Fazzalari[174] contesta a ideia de processo vinculado à jurisdição ao propor uma concepção de processo caracterizada por um procedimento no qual os indivíduos afetados na esfera jurídica participam. Esse envolvimento ocorre por meio do contraditório, garantindo que aqueles que serão impactados pelo ato final tenham participação ativa. Nessa abordagem, o autor do ato não terá legitimidade para anular suas atividades. Essa perspectiva democrática difere substancialmente da noção de jurisdição centrada nos atos de poder do juiz, nos quais as partes estariam em uma posição subalterna.

À medida que o poder se emancipava da influência do direito, tornava-se mais evidente o fortalecimento do direito pela força. Não foi sem razão que o período pós-guerra testemunhou o surgimento de uma geração de defensores das garantias, tanto dentro quanto fora da Europa, apesar das resistências e tentativas de justificar formas alternativas de garantias que não estivessem centradas na força normativa da Constituição. O uso generalizado do Processo como instrumento para injustiças e violações em nome da autoridade e da lei, as quais a própria autoridade frequentemente corrompia, ficou exposto à arbitrariedade.

Dessa experiência amarga resultou a compreensão de que as garantias devem ser mais do que palavras ou ideologias; elas precisavam se efetivar em uma construção principiológica, que define o próprio processo como uma garantia. E foi nesse sentido a sofisticada construção de um modelo constitucional de processo dotado de alguns aspectos acentuados por Andolina e Vignera.[175]

Eles propõem evitar um dogmatismo jurídico abusivo ao enfatizar a importância de o modelo da norma processual ser caracterizado pela expansividade, permitindo atingir os diversos microssistemas dentro dos limites da estrutura geral processual.

Além disso, destacam a variabilidade da norma processual, que pode se especializar e diversificar de acordo com as características específicas de cada microssistema, conforme sua base constitucional. Por fim, ressaltam sua aperfeiçoabilidade, referindo-se à capacidade de aprimorar e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mantendo-se em conformidade com o esquema geral estabelecido.

---

[174] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: BookSeller, 2006, p. 118-119.

[175] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile**: il modello constituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 9-10.

A distinção entre os procedimentos vai além da observação de diferentes sequências de atos e fases processuais. É crucial reconhecer que, embora todos os processos compartilhem os princípios constitucionais fundamentais, como o contraditório, a ampla argumentação, a fundamentação das decisões e a presença de um terceiro imparcial, existem diferenças significativas entre eles. Essas diferenças podem estar relacionadas ao tipo de provimento buscado ou aos direitos fundamentais que se busca garantir.[176]

A garantia da participação daqueles que serão afetados pelas decisões de poder, de maneira geral, representa um avanço significativo. Nesse contexto, a concepção habermasiana, que submete essas decisões à ampla discussão, merece respeito

Trata-se de enxergar o Processo como uma metodologia para garantir direitos fundamentais. É viável considerar os princípios integrantes do modelo constitucional como aplicáveis a qualquer tipo de processo, não se limitando ao processo civil. Essa noção pode ser estendida não apenas aos processos jurisdicionais, mas também ao processo legislativo, administrativo, à estrutura arbitral e de mediação.

Mais elementos são agregados ao conceito, tornando possível considerar uma Teoria Geral do Processo não fundamentada na noção de jurisdição, como imaginada pela visão instrumental, mas na noção de Processo,[177] que implica uma garantia constitucional com base única, organizada principiologicamente.

Isso pressupõe o contraditório, a ampla argumentação, a duração razoável, um terceiro imparcial e a fundamentação da decisão como uma estrutura e um esquema geral que fundamentam e legitimam os provimentos de toda ordem (jurisdicionais, administrativos, legislativos).

Então, amplia-se a ideia procedimentalista em consonância com os paradigmas do Estado Democrático de Direito, construindo uma noção democrática de procedimento e processo. Os princípios constitucionais entrelaçam-se de maneira coesa e única, denominada "modelo constitucional de processo", o qual estabelece garantias a serem seguidas em todo e qualquer processo ou procedimento, visando

---

[176] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile**... p.11.

[177] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

assegurar o exercício da função jurisdicional condizente com o paradigma do procedimento discursivo compatível com o conceito de Estado Democrático de Direito.

O Processo será sempre constitucional, pois, uma vez amalgamados intimamente, não há como diferenciar as duas instâncias e decompô-las em instâncias estanques. Se há um motivo que justifique a superação em se distinguir conceitualmente Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual, é o fato de que estruturalmente o Processo sempre será constitucional. Isso não se refere apenas a um acobertamento pela Constituição, mas à construção de uma refinada estrutura metodológica baseada em uma fusão visceral entre Processo e Constituição, com uma base comum e uma intercomunicação indissociável no plano principiológico.

A construção de um paradigma jurídico a partir da compreensão das implicações do Sujeito Constitucional, do pluralismo jurídico, que vinculados servem de viés interpretativo do Devido Processo Constitucional, permite uma compreensão radicalmente diversa do discurso jurídico. Isso é feito sempre considerando o novo horizonte de sentido impresso nessa construção, inclusive no plano do próprio Direito Comunitário. Isso remete à discussão do direito do patamar interno, característico dos Estados Nacionais, para uma dimensão internacionalista.

Identifica-se o pluralismo jurídico do Sujeito Constitucional no plano da convencionalidade, o que poderia levar a uma nova terminologia inclusive. Haveria a identidade do Sujeito Convencional, mas a ideia de fundo é a mesma.

O que se enfatiza é a dimensão do sujeito no âmbito do próprio mecanismo internacional de proteção de Direitos Humanos, havendo um desdobramento no plano da processualidade das diversas concepções pluralistas, como é o caso da atuação no plano da proteção dos Direitos Humanos em seus sistemas internacionais, sejam eles globais ou regionais.

Constata-se que, no plano internacional, identifica-se o sujeito constitucional ou, especificamente, o sujeito "convencional", além do rol dos agentes classicamente concebidos centrados no protagonismo estatal, de tal forma que, além dos países membros e dos organismos internacionais que atuam historicamente, é possível incluir outros agentes, organizações não governamentais e até mesmo a grande novidade do direito humanitário e comunitário: a postulação do próprio

indivíduo como sujeito de direitos humanos internacionais. Isso demonstra uma dimensão pluralista crescente.

Como observado por Paula Wojcikiewicz Almeida e Giulia Tavares Romay,[178] o Relatório da Associação Internacional de Direito, de 2016, definiu que os atores não estatais, como os indivíduos e as entidades legalmente reconhecidas e organizadas, não são compostas, governadas ou controladas por Estados nem grupos de Estados. Eles desempenham funções na arena internacional que tenham efeitos reais ou potenciais sobre o direito internacional" (tradução nossa).[179]

Ao aplicar essa definição, as organizações não governamentais e os indivíduos são reconhecidos como atores estatais que compreendem Estados e organizações intergovernamentais,[180] e em tudo isso se espelha a noção paradigmática do pluralismo estatal.

1.3 O HORIZONTE DE SENTIDO PLURALISTA NA EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

Outra importante dimensão a ser considerada ao falar em pluralismo como elemento constitutivo de um novo paradigma jurídico, não apenas como expressão da coexistência de normatividades diversas, é a necessidade de considerar que a imperatividade dos fatos reclama maior precisão da ideia conceitual de pluralismo numa perspectiva que contemple também as intempéries de ordem geopolítica, econômica, jurídica e cultural.

Isso seria característico de uma abordagem pluralística, pois o pluralismo também mantém uma dimensão de ordem processual em um sentido mais amplo. Isso é observado atentamente na interação de todos os elementos que constituem o atual quadro da União Europeia, por exemplo, extraindo-se daí importantes e preciosas lições.

---

[178] ALMEIDA, Paulo Wojcikiewicz; ROMAY, Giulia Tavares. Abrindo o Tribunal Mundial ao Estado e atores não estatais: casos contenciosos: realidade ou utopia? **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 19, e2333, p. 2-3, 27 jan. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3Seod5W. Acesso em: 14 out. 2023.

[179] *"This research adopts the understanding of the 2016 International Law Association Report that defines NSAs as 'legally recognized and organized entities that are not comprised of nor governed or controlled by States nor groups of States and that actually perform functions in the international arena that have real or potential effects on international law*". (ALMEIDA, Paulo Wojcikiewicz; ROMAY, Giulia Tavares. **Abrindo o Tribunal Mundial ao Estado e atores não estatais**... p. 2-3).

[180] "*By applying that definition, the NSAs considered in this research are non-governmental organizations (NGOs) and individuals, while State actors comprise States and intergovernmental organizations (IGOs).*" (ALMEIDA, Paulo Wojcikiewicz; ROMAY, Giulia Tavares. **Abrindo o Tribunal Mundial ao Estado e atores não estatais**... p. 2-3).

Como referencial teórico neste particular, abordando as peculiaridades do pluralismo constitucional europeu, toma-se como ponto de partida as análises de Michael A. Wilkinson.[181] Esse autor analisou o quadro recente da União Europeia, elencando dois acontecimentos de grande relevância na experiência europeia, que receberam ampla atenção internacional. Esses casos podem dar uma visão muito mais concreta do que implica efetivamente essa nova dimensão paradigmática do direito atual.

O primeiro caso diz respeito à decisão de Portugal[182] em conceder vistos para cidadãos originários de países de língua portuguesa. Esses vistos eram utilizados além dos 90 dias de prazo válido convencionado, tornando-se um meio para o ingresso de pessoas que acabavam circulando por toda a Europa.

Esse cenário feria as normativas da União Europeia, provocando conflito entre o direito comunitário, característico do pluralismo constitucional europeu, e o direito nacional.

Outro fato foi o descontentamento da Alemanha com a União Europeia por conta da impossibilidade de se admitirem políticas cambiais que não estivessem preocupadas com a contenção do déficit público do Banco Central Europeu. Por outro lado, caso as diretrizes da União Europeia não fossem acatadas por todos os demais países-membros, haveria a possibilidade de punições por violações objetivas aos tratados internacionais.

Esse cenário destaca as tensões e os desafios entre as políticas nacionais e as exigências supranacionais na União Europeia, evidenciando a complexidade do pluralismo constitucional na prática.

Em 6 de setembro de 2012, houve o anúncio, no âmbito da União Europeia, do Programa das Transações Monetárias Definitivas (OMT), por meio do qual o Banco Central Europeu poderia comprar obrigações governamentais nos mercados secundários, sob certas condições, visando estabilizar os mercados e reduzir os *spreads* de juros.

Essa medida buscava equilibrar o euro diante das consequências danosas das crises econômicas de 2008. Anteriormente, em 2003,[183] a Alemanha e a França

---

[181] MICHAEL, Wilkinson A. Constitutional Pluralism: chronicle of a death foretold? **European Law Journal**. Oslo, p.1-35. ago. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3vKpMAN. Acesso em: 12 out. 2023.

[182] G1. **Entenda por que a União Europeia questiona Portugal sobre visto a viajantes de países como o Brasil**. 4 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/48RsWle. Acesso em: 24 jan. 2024.

[183] DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**. Berlim e Paris vencem queda-

desrespeitaram Pacto de Estabilidade Econômica no âmbito da União Europeia, mas, no sentido oposto, nessa ocasião, a regra geral seria não ultrapassar gastos públicos. Mas os dois países mencionados não cumpriram as metas, sendo passível de recebem punições ante o desrespeito aos limites de endividamento estabelecidos pela política econômica conduzida pelos órgãos financeiros da União Europeia.

Na ocasião, entendeu-se que forçar[184] o cumprimento das exigências por parte de Alemanha e França não seria estratégico,[185] já que esses países eram os grandes propulsores econômicos do bloco europeu naquela época. Apesar de haver tido um acordo para acomodar a situação, não se pode negar ter sido tal fato um anúncio grave sobre as crises que se sucederiam sobre os países do euro.[186]

A decisão indicou a possibilidade de judicialização[187] do embate. Defendeu-se a tese de que o acordo no sentido de se estabelecer modestos cortes[188] nas despesas dos países-membros serviria para acomodar institucionalmente o conflito, assegurando um prazo[189] para os ajustes acordados[190] sem violar os tratados[191] de

---

de-braço com Bruxelas. 25 nov. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3S9SQt1. Acesso em: 24 jan. 2024.

184 "Solbes tinha outros planos para a reunião com os ministros. O comissário pretendia aprovar um pacote de medidas de austeridade a ser imposto a Berlim e Paris, a fim de combater seus déficits. Além disso, segundo as regras do Pacto de Estabilidade, o próximo passo do processo contra os infratores colocaria os dois à beira da penalização. Alemanha e França estariam sujeitas a multas de até 10 bilhões e 7,5 bilhões de euros respectivamente". (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

185 "Ampla maioria dos ministros das Finanças dos 12 países da zona do euro cedeu ao argumento de que penalizar neste momento a Alemanha e a França colocaria em risco a recuperação da conjuntura no Velho Continente. A fim de não agravar a crise nos dois principais motores econômicos da União Europeia, oito países concordaram em abrir o precedente do desrespeito ao Pacto de Estabilidade, desautorizando o comissário europeu de Assuntos Monetários, Pedro Solbes, a dar continuidade ao processo de penalização dos infratores". (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

186 "O que parece ser a solução das crises alemã e francesa é, entretanto, para muitos, o início da primeira grave crise institucional da UE. O acordo "não segue o espírito nem as regras do Pacto de Estabilidade", critica Solbes, que teve sua conduta referendada apenas pela Áustria, Holanda, Finlândia e seu próprio país, a Espanha". (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

187 "Guardião do pacto, o comissário não descarta a hipótese de recorrer à Corte Europeia de Justiça (EuGH). O espanhol diz que só a obediência às regras do pacto assegura na prática seu cumprimento; o precedente ameaça colocar em xeque todas as decisões anteriores do Conselho de Ministros das Finanças da UE (Ecofin)". (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

188 "Fora isto, Eichel e Mer acertaram com seus colegas europeus cortes mais modestos nos déficits dos dois próximos anos. A Alemanha deverá reduzi-lo em 0,6 ponto percentual no ano que vem, contra 0,8 desejado pela Comissão Europeia, o que significaria cerca de 6 bilhões de euros. Para 2005, os ministros aprovaram um corte de 0,5 ponto percentual no déficit alemão. Já a França não precisará obedecer à meta de um ponto percentual estabelecida pela Comissão Europeia, mas 0,77 em 2004 e 0,6 no ano seguinte". (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

189 "Segundo Hans Eichel e o francês Francis Mer, ambos ganharam prazo até 2005 para recolocar as contas nacionais em ordem. Até aí a Comissão Europeia já havia concordado na semana

estabilização[192]. No final, a autoridade financeira da União Europeia acabou por acomodar a situação, visando à estabilização do bloco e do euro.[193]

Contudo, a mesma fórmula não se repetiu no mesmo formato anos depois. Se no início dos anos 2000 a questão era o déficit de alguns Estados-membros estratégicos para o sucesso da consolidação da União Europeia, em 2012 a situação era outra. Buscava-se definir os limites da atuação da autoridade europeia no âmbito global.

O "caso Gauweiler"[194] originou-se de um julgado sobre regras de reenvio,[195] que tinham como pano de fundo a questão das compras pelo Banco Central Europeu dos títulos da dívida pública dos Estados-membros, o que era expressamente vedado pelo tratado europeu. Isso ocorria uma vez que não teria

---

passada. Entretanto, esta meta estaria agora subordinada ao alcance de determinados índices de desenvolvimento econômico. Eichel espera cumprir o acordo com taxas de crescimento de 1,6% e 1,8% do PIB em 2004 e 2005, respectivamente". (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

190 "Fora isto, Eichel e Mer acertaram com seus colegas europeus cortes mais modestos nos déficits dos dois próximos anos. A Alemanha deverá reduzi-lo em 0,6 ponto percentual no ano que vem, contra 0,8 desejado pela Comissão Europeia, o que significaria cerca de 6 bilhões de euros. Para 2005, os ministros aprovaram um corte de 0,5 ponto percentual no déficit alemão. Já a França não precisará obedecer à meta de um ponto percentual estabelecida pela Comissão Européia, mas 0,77 em 2004 e 0,6 no ano seguinte". (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

191 "Firmado em Maastrich em 1992, o Pacto de Estabilidade fixa em 3% do PIB o limite máximo do déficit público. Caso um país transgrida a regra por três anos consecutivos, fica sujeito a multas. Após ultrapassarem o teto em 2002 e 2003, Berlim e Paris afirmam não ter como impedir novo desrespeito em 2004. A Comissão Europeia conta com déficits de 3,9% na Alemanha e 3,8% na França no ano que vem. Apesar disto, o ministro alemão acha que o acordo é compatível com o pacto". (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

192 "Atual presidente do Conselho de Ministros das Finanças, o italiano Giulio Tremonti defendeu a decisão tomada na madrugada de terça-feira. "Não acho que o acordo possa ser considerado um desrespeito ao pacto." Para Tremonti, trata-se de uma "solução tecnicamente positiva e coerente". (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

193 "O Conselho de Ministros das Finanças de todos os 15 países da União Europeia (Ecofin) referendou, durante esta terça-feira, o acordo firmado de madrugada pela maioria dos ministros da zona do euro." (DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**...).

194 O caso *Gauweiler* refere-se a uma ação judicial ajuizada por Peter Gauweiler, político alemão, e outros, perante a corte constitucional alemã, abordando alguns aspectos do Tratado de Lisboa, o qual visava à reformulação da União Europeia. Alegaram que o referido Tratado transferiu os poderes essenciais da soberania alemã para a União Europeia, colocando em risco a Alemanha e afetando a legitimidade democrática da atuação da União Europeia em certos aspectos, podendo prejudicar o ordenamento constitucional alemão. O caso foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que entendeu ser o Tratado compatível com a Constituição alemã, contudo, assegurou algumas condições para a continuidade do processo de integração. Neste caso, percebe-se a contínua complexidade existente ao longo de todo o processo de consolidação da unificação da Europa.

195 As regras de reenvio são uma metodologia do direito internacional para se saber qual regra deve reger o caso em concreto. No caso, o Tribunal da União Europeia teve uma interpretação sobre este tema e o Tribunal da Alemanha não acatou a decisão do Tribunal Europeu, criando um grave empasse inicialmente". (UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. 7 jun. 2006. Disponível em: https://bit.ly/48NJzOq. Acesso em: 12 out. 2023.)

sentido endividar o banco constituído pelo capital dos próprios Estados-membros, havendo sérias consequências desse endividamento.

O caso torna-se ainda mais relevante por conta do desacerto entre o Tribunal de um Estado-membro e o Tribunal da própria União Europeia, especialmente por envolver um Estado de grande relevância, como a Alemanha,[196] a primeira economia da Europa.[197]

Apesar de se imaginar que haveria críticas, uma vez que tal medida política ultrapassaria os limites da política monetária e colocaria o Banco Central Europeu na posição de credor de última instância para os Estados-membros que enfrentam dificuldades financeiras.

Sendo apresentado apenas sob a forma de um comunicado de imprensa, mais no sentido de proporcionar segurança e estabilidade aos mercados, não se imaginava que haveria maiores complicações. Nem mesmo se eventualmente surgissem ações populares intentadas por algum cidadão, isso não teria a força para desestabilizar a ideia básica do plano.

Contudo, isso acabou não se confirmando, pois os fatos se precipitaram, conduzindo a um amplo debate judicial constitucional com consequências imprevisíveis para os aspectos fundamentais da integração europeia. Isso ocorreu uma vez que envolvia a autoridade da União Europeia, do Banco Central Europeu, a economia da União Europeia e a relação entre os tribunais nacionais e o Tribunal da União Europeia em uma intrincada teia de relações de ordem econômica, política e jurídica.

---

[196] "Para além da política de **compra de dívida pública pelo BCE**, a faceta talvez mais importante do referido acordão e com prováveis repercussões futuras profundas na construção jurídico-política europeia é a que coloca a mais elevada e prestigiada instância jurisdicional alemã (o Tribunal Constitucional) em **rota de colisão com a suprema instância jurisdicional europeia** (o TJUE). O Tribunal Constitucional Federal alemão foi inequívoco nas suas críticas à decisão no já referido caso de **11 de dezembro de 2018, em que o TJUE** optou por dar cobertura jurídica à atuação do BCE. "A análise realizada pelo TJUE sobre se as decisões do BCE relativas ao PSPP (*Public Sector Purchase Programme*), atendem ao **princípio da proporcionalidade** não é compreensível; nessa medida, o julgamento proferido foi ultra vires." (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**...).

[197] "Alguns pensarão que a decisão judicial foi apenas para consumo interno da Alemanha. O BCE, como instituição europeia, não está sujeito à jurisdição do Tribunal Constitucional alemão apenas está submetido ao escrutínio jurídico do TJUE. Desta forma, o que tem a fazer é ignorar o caso e prosseguir com a sua política de compra de dívida pública. Mas não é assim tão simples. Talvez isso pudesse ser assim (e provavelmente até seria) se a decisão fosse de um Tribunal Constitucional de um Estado pequeno, como **Portugal**, onde **ninguém lhe ligaria muito**, pelo menos na União Europeia. Mas a sentença do **Tribunal Constitucional alemão** tem **outras repercussões**". (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**...).

Após o anúncio, alguns cidadãos alemães intentaram uma ação perante o Tribunal Constitucional Federal alemão contestando a compatibilidade do Programa com a Constituição alemã. De tudo isso resultou a decisão, em 16 de junho de 2015, do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, no sentido da conformidade do programa com os Tratados da União Europeia, desde que fossem garantidas certas salvaguardas.

No entanto, essa decisão não foi aceita pela Corte Constitucional da Alemanha, o que gerou uma delicada situação no que tange a compatibilização de decisões de instâncias judiciais diversas, pois, ao final, estava sendo desafiado o próprio princípio fundador da União Europeia, que se baseava em uma convivência possibilitada pelo pluralismo constitucional, que congregava normativas de sistemas judiciais diversos em franco contraste.

O “caso Gauweiler” revestiu-se de uma importância histórica, pois o Tribunal de Justiça Europeu, pela primeira vez, precisou decidir sobre um caso que lhe era submetido por um órgão jurisdicional que já assinalava que não respeitaria a decisão se contrária a seus interesses nacionais caso não encontrasse melhores razões na decisão do Tribunal ao qual o caso era enviado. Isso implicava também uma possível violação formal da autoridade do Tribunal Europeu e ao princípio da cooperação leal entre as partes.

O Tribunal Europeu aceitou o caso e buscou resolver a questão aplicando o princípio da proporcionalidade, abordando-a como política monetária. O foco era a prossecução de objetivos de política monetária, com a estabilidade de preços sendo o principal deles. Quaisquer efeitos diretos ou indiretos sobre a política econômica foram considerados irrelevantes para essa avaliação. Dessa forma, o "caso Gauweiler" abriu essa discussão sobre a interação entre questões de política monetária e o respeito à soberania nacional dos Estados-membros.

A Alemanha não acatou a forma do Banco Central Europeu conduzir a questão do endividamento, pois uma das diretrizes da União Europeia era justamente a fixação de limites de endividamento público para todos os países integrantes. Contudo, nem Alemanha nem França respeitaram esses limites.

O objeto da discussão era a questão da competência da União Europeia para determinar regras em torno da aquisição de títulos de dívida pública na região do euro. A Alemanha entendia que as decisões do Banco Central Europeu sobre o

programa de compras de dívida do setor público ultrapassaram as competências da União Europeia.

Após a crise financeira de 2008, as dívidas públicas dos Estados aumentaram significativamente, levando o Banco Central Europeu a criar, em março de 2015, um programa de compra de dívida pública para auxiliar os Estados-membros a se financiarem no mercado.

O processo ocorre pela aquisição dos títulos de dívida pública não diretamente dos Estados, o que poderia gerar insegurança no mercado, mas sim adquirindo a dívida dos bancos e dos investidores. O Banco Central Europeu garante esses títulos, conferindo-lhes respeitabilidade e segurança no mercado.

Essa segurança e estabilidade resultam em condições concretas que podem levar à redução das taxas de juros no pagamento das dívidas, buscando evitar o endividamento dos Estados. No entanto, é um programa muito dispendioso e audacioso. Como o capital constitutivo do Banco Central Europeu é formado pelo dinheiro que os Estados-membros investiram, essas negociações implicam em prejuízos para quem mais colaborou para integralizar o capital do Banco, como é o caso da Alemanha.

O problema é que, nessas condições, a Alemanha entendeu que houve uma invasão de competência da União Europeia em relação aos Estados-membros. Mesmo que, por um lado, a ideia tenha sido boa, por outro, interfere em um âmbito vedado, razão pela qual a Alemanha judicializou a questão.[198] A revolta constitucional da Alemanha[199] ficou estampada na decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que considerou que o Banco Central Europeu foi

---

198 "As repercussões jurídico-políticas, mas também económicas, desta decisão judicial do Tribunal Constitucional Federal alemão podem ser profundas e com muitas ramificações, quer na Alemanha, quer na União Europeia. Isto ocorre, desde logo, pela importância e centralidade que o Estado germânico tem a nível europeu. Ao nível económico e monetário, uma das áreas mais importantes onde se projeta esta decisão é necessário lembrar aqui, por exemplo, que o Deutsche Bundesbank (o Banco Central da Alemanha) tem uma subscrição de cerca de **21,5% do capital do BCE**, sendo o seu mais importante membro". (FERNANDES, José Pedro. **A revolta constitucional na Alemanha contra a União Europeia**. 15 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3vL08fw. Acesso em: 12 out. 2023).

199 "Agora a **benevolência** que a União Europeia teve ao longo de várias décadas da parte dos órgãos jurisdicionais nacionais e dos juristas em geral, usualmente muito compreensivos ou até entusiastas abertos do federalismo jurídico que impregnava os juízes do TJUE, parece dar lugar a uma reação crítica e de forte contestação. No caso da Alemanha, a revolta constitucional não podia ser mais nítida como pode ver por este excerto: "À luz das considerações acima mencionadas, o Tribunal Constitucional Federal **não está vinculado à decisão do TJUE**, mas deve realizar sua própria revisão para determinar se as decisões do Eurosistema sobre a adoção e implementação do PSPP permanecem dentro das competências que lhe são conferidas pela lei primária da UE." (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**...).

além das competências que lhe foram atribuídas pelos Tratados da União Europeia.[200]

No caso, a Alemanha não respeitou o disposto no art. 123 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,[201] que dispõe sobre a compra de dívida do setor público,[202] proibindo expressamente o financiamento de dívidas dos Estados-membros.[203] As autorizações para o alívio das economias nacionais foram revestidas de especial necessidade ante a pandemia de Covid-19.[204] É importante destacar que o Tribunal Constitucional alemão não se recusou pura e simplesmente a obedecer a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, desafiando a sua competência,[205] à qual a Alemanha se submeteu voluntariamente. O que o Tribunal alemão fez foi afirmar a imperatividade do próprio órgão europeu ao estabelecer que este violou regras de competência para apreciar o caso em questão.

Dessa forma, a Alemanha fez valer suas normas internas sobre o assunto e as sobrepôs às normativas do bloco europeu, havendo uma clara dissipação da dimensão pluralista das relações entre os países, seus ordenamentos internos e as

---

[200] "A decisão do Tribunal alemão entendeu que o Tribunal de Justiça da União Europeia teria agido além de seus poderes institucionais e infringiu a legislação europeia. O Tribunal da União Europeia julgou um caso em 11 de Dezembro de 2018, o qual tratava de regras de reenvio prejudicial, no qual considerou que a atuação do BCE não tinha infringido a legislação europeia". (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**...).

[201] UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. 7 jun. 2006. Disponível em: https://bit.ly/48NJzOq. Acesso em: 12 out. 2023.

[202] FERNANDES, José Pedro. **A revolta constitucional na Alemanha contra a União Europeia**. 15 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3vL08fw. Acesso em: 12 out. 2023.

[203] "Art. 123 (ex-art. 101 do TCE) 1. É **proibida a concessão de créditos** sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo **Banco Central Europeu** ou pelos bancos centrais nacionais dos Estados-membros, adiante designados por "bancos centrais nacionais", em benefício de instituições, órgãos ou organismos da União, governos centrais, autoridades regionais, locais, ou outras autoridades públicas, outros organismos do setor público ou empresas públicas dos Estados-Membros, bem como a compra direta de títulos de dívida a essas entidades, pelo Banco Central Europeu ou pelos bancos centrais nacionais". (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**...).

[204] "O presidente do BCE na época, o italiano Mario Draghi, afirmou em 2012 que faria "tudo o que fosse preciso" para salvar o Euro. Mas, na óptica do Tribunal Constitucional Federal alemão, independentemente dos méritos económicos da política do BCE, o que o Mario Draghi e o BCE fizeram foi também uma violação da legalidade europeia. Agora, com o impacto da pandemia da Covid-19 e com o BCE de novo a ser pressionado para **compra de dívida pública pelo Sul da Europa**, este acordão é uma "bomba" que não poderá ser ignorada". (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**...).

[205] "Para não se gerarem equívocos de leitura, é importante notar que o Tribunal Constitucional alemão não pôs em causa o princípio do primado, ou da primazia, do Direito da União Europeia sobre o Direito dos Estados-Membros (outra criação jurisprudencial do TJUE nos anos 1960, imbuída de federalismo jurídico). Tal como é referido no seu **acórdão de 5 de maio**: "Se um Estado-Membro pudesse prontamente invocar a sua autoridade para decidir, através dos seus próprios tribunais, sobre a validade dos actos da UE, isso poderia prejudicar a precedência da aplicação concedida ao Direito da União Europeia e comprometer a sua aplicação uniforme." (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**...).

normativas comunitárias. No caso, o Conselho Europeu decidiu não punir nem a Alemanha nem a França em outra situação. Isso mostra que o pluralismo é mais do que um substancialismo.

Para compreender melhor isso, a noção de Processo Substancial é útil, pois alia às formalidades os fins a serem alcançados em uma relação de proporcionalidade e adequabilidade, porque tudo implica em um grande processo de integração complexa de ordens jurídicas distintas.

Michael A. Wilkinson[206] observa que a narrativa de uma divisão entre autoridade política e normativa instaurada quando da fundação inicial da integração europeia entre as décadas de 1960 e 1980 se engalfinha com a constatação da crescente complexidade e entrelaçamento dos pilares normativos e políticos que ocorre a partir da União Europeia.

A preocupação com a realização do projeto da União Econômica e Monetária, no qual ocorre a transferência da autoridade monetária para um Banco Central em uma realidade de uma moeda única, altera irrevogavelmente a dinâmica material.

Trata-se da sedimentação entre a instância política e jurídica em um acoplamento estrutural do qual resulta toda a arquitetura e funcionamento da União Europeia despontando neste processo a indispensabilidade do pluralismo constitucional mais complexo, delicado do que nas concepções primárias sobre sua relevância no plano da integração.

Michael A. Wilkinson[207] acentua que a ideia de pluralismo constitucional por si só não será capaz de resolver problemas de natureza material, geopolítica e político-econômica, mas pode ser adaptada para possibilitar a dinâmica material da autoridade política e à igualdade política complexa no sistema político composto que é a União Europeia. Isso é necessário para ir além de apenas lutar para manter os níveis de solidariedade política e de apoio social necessários à sobrevivência dos seus ideais animadores.

Por fim, Wilkinson[208] afirma que o pluralismo constitucional europeu se apresenta em uma perspectiva de “pluralidade horizontal” de ordens políticas e economias políticas heterogêneas que precisam coexistir constitucionalmente.

---

[206] WILKINSON, Michael. Constitutional Pluralism: chronicle of a death foretold? **European Law Journal**. Oslo, p.1-35. ago. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3vKpMAN. Acesso em: 12 out. 2023.
[207] WILKINSON, Michael. **Constitutional Pluralism: chronicle of a death foretold?**... p.1-35.
[208] WILKINSON, Michael. Constitutional Pluralism: chronicle of a death foretold? **European Law Journal**. Oslo, p.1-35. ago. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3vKpMAN. Acesso em: 12 out. 2023.

Observe-se ainda que a União Europeia é uma unidade constitucional que não deixa de seguir a lógica plural do próprio federalismo. Embora dividida e fracionada, só funciona na medida do respeito à autonomia das partes, constituindo o material político e social básico a partir do qual evolui a integração. Assim, o pluralismo constitucional continua a ser de suma importância.

Matthias Goldmann[209] acentua que o Pluralismo Constitucional é um elemento mutuamente assegurado tanto pelo Tribunal de Justiça Europeu quanto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e, ainda, o Banco Central, enquanto órgão da União Europeia. Esse padrão de discricionariedade mutuamente assegurado revela-se um instrumento precioso para fazer valer o pluralismo constitucional, mantendo as partes em equidistância.[210]

Deve-se aceitar que tanto o Banco Central Europeu quanto o Tribunal de Justiça gozam de discricionariedade no exercício do seu mandato. Por conseguinte, deve-se cogitar não se o Tribunal de Justiça Europeu deu a única resposta correta às questões submetidas, mas indagar se nessa decisão foram ou não ultrapassados os limites horizontais do poder discricionário mutuamente assegurado a ambos.[211]

Não se desconhecem as críticas, como as apontadas por Nik de Boer,[212] no sentido de que o pluralismo constitucional não teria suficientemente em conta as preocupações democráticas sobre a posição institucional dos tribunais constitucionais nacionais. Apesar de os pluralistas aceitarem o desacordo constitucional entre a União Europeia e os seus Estados-membros por considerarem positivo o atrito gerado pelos tribunais constitucionais nacionais, estes são vistos como expressão da pluralidade.

Quando um Tribunal Nacional desafia limites dentro das regras, questionando o direito da União Europeia, não o desvaloriza; pelo contrário, pelo contraste

---

[209] GOLDMANN, Matthias. Constitutional Pluralism as mutually assured discretion: the Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**. v. 23, Issue 1, p. 133, 1 fev. 2016. Disponível em: https://bit.ly/3OhwWmu. Acesso em: 15 out. 2023.

[210] "The standard of mutually assured discretion is thus a viable way of making constitutional pluralism work. It does not subscribe to the superiority of one actor over the others." (GOLDMANN, Matthias. **Constitutional Pluralism as mutually assured discretion**… p. 133).

[211] "*Consequently, the FCC should not examine whether the Court of Justice has given the one and only 'correct' answer to the questions submitted, but rather examine whether the Court of Justice has overstepped the limits of the horizontal variant of mutually assured discretion by not scrutinizing the ECB closely enough*." (GOLDMANN, Matthias. **Constitutional Pluralism as mutually assured discretion**… p. 133).

[212] BOER, Nik de. The False Promise of Constitutional Pluralism. **Amsterdam Law School Research Paper**. n. 2018, 3, 19 mar. 2018. Disponível em: https://bit.ly/427Dzhb. Acesso em: 12 out. 2023.

dialógico, valoriza-se o melhor direito ao abrir caminhos de diálogo. Esse enfoque é preferível à hierarquia rígida imposta pelo direito da União Europeia, sendo certo que as divergências constitucionais são melhor abordadas em um processo político democrático.

Aqui, temos a expressão concretizada da própria noção de Processo Constitucional Substantivo, que utiliza como critério hermenêutico todo o conceitual do pluralismo do sujeito constitucional. Pois é disso que se trata a essência do embate entre União Europeia e Estados membros, e é disso que se trata a própria concepção suprema da construção de um Estado Europeu.

O argumento de que os Tribunais Constitucionais nacionais limitam-se a analisar as próprias questões constitucionais em vez de contrastá-las com as questões próprias da União Europeia e, com isso, empobrecem o pluralismo constitucional, o qual se manifestaria como uma falsa promessa, acaba levando precisamente a isso, a esta submissão que se procura evitar, já que o Estado permanece no seu âmbito de constitucionalidade interna e não avança questionando as possíveis inconsistências e ilegitimidades do direito produzido pelo Bloco no formato de uma União.

Um dos aspectos mais valiosos do pluralismo nesse contexto é justamente legitimar as divergências constitucionais. Essa abordagem funciona como uma estratégia para evitar a submissão a decisões coletivas na hierarquia do Direito da União Europeia. A legitimidade dessas decisões, produzida por suas instituições jurídicas, como tribunais e comissões, assim como no âmbito administrativo por suas instituições e órgãos, é vista como tendo uma densidade bastante limitada.

Contudo, para aceitar esse argumento crítico, é preciso primeiro verificar se essa linha argumentativa não considera que o pluralismo não é um mero conceito. Tal forma de ver é muito reducionista em relação à concepção ampla de pluralismo que esta tese sustenta.

O pluralismo, em seu aspecto metodológico, conceitual e processualístico, é proposto na presente tese, a qual se sustenta no pressuposto teórico de que esse elo entre a União Europeia e os Estados nacionais pressupõe necessariamente o conceitual do pluralismo do sujeito constitucional como viés interpretativo do Processo Constitucional Substantivo, essência da relação entre a União Europeia e Estados-membros. Isso porque é essa relação de tensão, adequabilidade, proporcionalidade e subsidiariedade, entre outros aspectos, que constitui a própria

natureza da construção do Estado-nação europeu.

Ana Bobic[213] afirma que a teoria do pluralismo constitucional, delineada por MacCormick e Walker, obteve grande êxito ao demonstrar a relação entre os tribunais dos Estados-Membros que exercem o controle de constitucionalidade e o Tribunal de Justiça Europeu.

No entanto, surgiram objeções em relação a alguns aspectos, como a falta de prescrições normativas e segurança jurídica ao determinar quem é o árbitro final na União Europeia, ou seja, quem terá a última palavra. Bobic aborda essa questão ao apresentar a tese de que se deve orientar pelo critério da autocorreção, um elemento essencial para o funcionamento adequado e equilibrado do sistema pluralista.[214]

A função de autocorreção visa evitar a eclosão de conflitos entre as jurisdições constitucionais estruturadas na União Europeia. Os membros devem ponderar os benefícios de uma dimensão pluralista, que propicia a gestão e o controle de conflitos. As questões susceptíveis de conflitos.

As questões susceptíveis de conflitos constitucionais, quando surgem, são apreciadas tanto pelo Tribunal de Justiça da União Europeia quanto pelas jurisdições constitucionais nacionais, as quais dispõem de vias processuais específicas para o controle do conflito, incluindo instrumentos processuais especializados.

Deve-se também considerar que há dois imperativos jurídicos que conduzem essa dinâmica em duas direções opostas: o princípio do primado do direito da União e a obrigação de respeitar a identidade nacional dos Estados-membros.[215]

---

[213] BOBIC, Ana. Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice. **German Law Journal**. 6 mar. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3vKRKg2. Acesso em: 12 out. 2023.

[214] "*The theory of constitutional pluralism as advanced by MacCormick and Walker witnessed immense success in its attempt to explain the relationship between courts of Member States performing constitutional review and the Court of Justice. Despite its success, the theory has often been criticized for its lack of normative prescriptions and legal certainty in resolving the question of the final arbiter in the EU. It is the aim of this Article to address and move beyond these criticisms by introducing and exploring the auto-correct function necessary for the proper and balanced functioning of the pluralist system*" (no original).

[215] "*The auto-correct has the function of preventing an outbreak of conflict between the constitutional jurisdictions involved in the EU judicial architecture, an awareness on the part of all the actors involved of the benefits of a pluralist setting results in conflict management and control. The auto-correct function operates as follows: in the EU as we know it, issues prone to constitutional conflict arise regularly, and both the Court of Justice and national constitutional jurisdictions are able, through their respective procedural avenues, to control the extent of the conflict. There are also two legal imperatives driving this dynamic in two opposite directions—the principle of primacy of Union*

Além desses fatores, as pesquisas empreendidas têm acompanhado o padrão de comportamento judicial nessas questões, de onde se deduz que a aplicação da autocontenção e da acomodação mútua evita um choque entre reivindicações de soberania paralelas entre a União Europeia e os Estados nacionais.

Disso se percebe a interação entre o direito nacional e o direito da União Europeia, o que demonstra a existência de condições incorporadas para a aplicação da função de correção automática, como o princípio da interpretação favorável à União Europeia e a cláusula de identidade nacional no direito primário da União Europeia. Isso traz um equilíbrio entre as diferentes ordens constitucionais apenas por meio da interação de reivindicações paralelas de soberania.[216]

Como se vê, Ana Bobic[217] responde às objeções ao êxito do pluralismo, demonstrando muito bem a tese de que a identidade do sujeito constitucional europeu expressa na estrutura dos Estados nacionais não é desprezada, é levada em conta na dinâmica de autocontenção e autocorreção inerente ao sistema.

Rehling Larsen[218] analisa o argumento, segundo o qual o pluralismo teria sido ferido de morte, ao estudar as interações entre os tribunais constitucionais dos Estados-membros e o Tribunal de Justiça Europeu e as dificuldades resultantes para se conciliar o compromisso unívoco de maior integração e o objetivo constitucional fundamental, revelando-se nisso uma natureza ambígua.

A dificuldade em alcançar uma união dos Estados nacionais compostos por povos europeus em uma nova política europeia tem limites, dependendo do grau de unidade que a União Europeia pretende estabelecer diante da pluralidade de povos, culturas, crenças e outras características específicas de cada país.

A pluralidade dos povos é uma dimensão indissociável do objetivo constitucional da União Europeia. Não é viável a dissolução das identidades

---

law on the one hand, and the obligation to respect the national identity of Member States on the other." (do original)

[216] "*As analyzing judicial behaviour shows, the application of self-restraint and mutual accommodation avoids a clash between parallel sovereignty claims on EU and national levels. In particular, national and EU law interaction demonstrates the existence of in-built conditions for the auto-correct function's application, such as the principle of EU-friendly interpretation in national constitutional law, or the national identity clause in primary EU law. The auto-correct function manifests itself and brings about a balance between the different constitutional orders only through the interaction of parallel claims to sovereignty*" (do original).

[217] BOBIC, Ana. **Constitutional Pluralism Is Not Dead**...

[218] LARSEN, Signe Rehling. The Promise and Peril of Europe. **La Revue Européenne du Droit,** v. 3, Issue 2, p. 42-47, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3SsDCke. Acesso em: 14 out. 2023.

nacionais em uma identidade central única. Pelo contrário, essas identidades devem ser preservadas.

O espírito fundador da União Europeia evoluiu, passando de "Comunidade" para "União", adotando claramente o princípio federativo. Isso é evidenciado pelo lema da União Europeia, que inclui a expressão "unidos na diversidade". A intenção não é criar uma unidade singular, mas, sim, preservar a união entre povos distintos, identidades políticas diferentes e comunidades políticas diversas. Dessa forma, as várias identidades constitucionais se harmonizam em torno de um ideal federalista que congrega muitos em um.

Signe Rehling Larsen[219] observa que, por conta dessa compreensão e enfoque da União Europeia, como uma espécie sofisticada de Federação de Nações distintas, faz com que a ideia de contestar a autoridade da União Europeia nos tribunais supremos e constitucionais dos Estados-membros seja afastada. Isso afasta a ideia da radicalidade do argumento de autoridade do poder judiciário, conforme construído nas democracias deliberativas, que acabariam conduzindo para o conflito aberto e a crise.

Aliás, esse paradigma fatalista, a União Europeia busca se afastar, a aproxima, em certo sentido, das culturas ameríndias expressas no constitucionalismo latino-americano. É outra racionalidade, uma forma diferente de expressão que, em essência, reflete a concepção de Albert Venn Dicey, conforme citado por Signe Rehlin Larsen. Segundo ele, o "sentimento peculiar" a partir do qual "nascem todas as constituições federais genuínas é o desejo de viver juntos, mas sem o ser; e, ao mesmo tempo, o desejo de permanecer autônomo, sem estar completamente separado um do outro".[220]

A construção do argumento de Albert Venn Dicey a partir do "sentimento peculiar" de querer estar juntos é o que essa tese define como tensão constitucional do sujeito constitucional coletivo, que está na base de qualquer construção de feição federativa.

---

[219] LARSEN, Signe Rehling. **The Promise and Peril of Europe**… p. 42-47.

[220] "*The inhabitants of the states who wish to come together in a federal union had to come together based on a desire to unite, Dicey reasoned. If not, there was clearly no basis for constituting a* union *among themselves. Yet at the same time, he argued, they could not desire unity. If they did, this wish would be much better attained under a unitary, rather than a federal, constitution. The peculiar sentiment that gives birth to federal unions, therefore, is a wish for union but not complete unity. 'The sense of common interests, or common national feeling,' Dicey wrote 'may be too strong to allow of that combination of union and separation which is the foundation of federalism*." (do original)

Dicey desenvolveu seu raciocínio no contexto da realidade norte-americana e na experiência acumulada até então oriunda do federalismo que vinculou as ex-colônias transformadas em unidades estatais. Já naquele contexto, essas unidades eram agregadas pelos mesmos princípios da subsidiariedade e do federativo.

Dicey argumenta que os habitantes dos Estados que desejam se unir em uma união federal o fazem justamente a partir de um desejo de se "unirem", pois, sem a união não poderiam subsistir. Contudo, além deste elemento volitivo subjetivo, também é necessário um espírito de pertença a uma estrutura coletiva, que vai além das fronteiras da nacionalidade, em um movimento complexo de ao mesmo tempo "serem uma unidade" sem diluir suas identidades constitucionais nacionais, individualizadas.

É desse "sentimento peculiar" de se unirem, mas sem se fazer unidade, que se origina a União, porém, não no sentido de haver uma "unidade completa". O sentimento constitucional de interesses nacionais comuns está em relação de tensão com a estrutura da construção federativa, que pressupõe a união e separação, a unidade na diversidade, como essência do federalismo.[221].

Signe Rehling Larsen[222] menciona a importância de todo o processo de entendimento entre o Tribunal Constitucional alemão e o Tribunal de Justiça Europeu nos acórdãos Solange[223] anteriores a Maastricht, cujo principal tema era a disputa de soberanias entre União e Estados. A forma como foi solucionada a questão apontou para a possibilidade de se construir algo semelhante a uma democracia judicial deliberativa.

---

[221] "*The inhabitants of the states who wish to come together in a federal union had to come together based on a desire to unite, Dicey reasoned. If not, there was clearly no basis for constituting a* union *among themselves. Yet at the same time, he argued, they could not desire unity. If they did, this wish would be much better attained under a unitary, rather than a federal, constitution. The peculiar sentiment that gives birth to federal unions, therefore, is a wish for union but not complete unity. 'The sense of common interests, or common national feeling,' Dicey wrote 'may be too strong to allow of that combination of union and separation which is the foundation of federalism*." (do original)

[222] LARSEN, Signe Rehling. The Promise and Peril of Europe. **La Revue Européenne du Droit**, v. 3, Issue 2, p. 42-47, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3SsDCke. Acesso em: 14 out. 2023.

[223] A Corte Constitucional Alemã apreciou um caso envolvendo uma autora chamada Solange, a qual alegava que a aplicação da lei oriunda do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, antecessora da União Europeia, prejudicava seus direitos constitucionais e que deveria ser aplicada a lei da Alemanha. A Corte alemã decidiu aplicar o direito da União Europeia. Contudo, ressalvou que somente o faria se o direito da União Europeia apresentasse um patamar protetivo aos direitos fundamentais ao menos equivalente ao aplicado pela lei do Estado nacional. Este entendimento, originado em 1974 (Solange I), foi reiterado em 1986 (Solange II) e novamente em 2009 (Solange III).

Contudo, para isso se dar, era necessário que as expectativas em torno do perfil dos atores jurídicos, como advogados e juízes nos tribunais europeus, conduzissem a questão a um patamar eticamente superior que fortalecesse os direitos fundamentais e o Estado de direito projetando-os a uma maior projeção nacional e transnacional.

Signe Rehling Larsen[224] assinala que nos últimos anos, percebeu-se com mais nitidez que o objetivo constitucional da Europa de união sem unidade, em sua complexa arquitetura constitucionalista pluralista que personifica a própria União Europeia, tornou-se também seu risco.

Isso porque a aceitação voluntária e a subordinação dos Estados-membros ao direito da União Europeia têm enfrentado ataques e pressões, à medida que a contestação da autoridade da União Europeia nos tribunais supremos e constitucionais dos Estados-membros se desviou do ideal de uma democracia deliberativa para o conflito aberto e a crise.

É o caso dos diversos questionamentos da duvidosa legalidade das ações do Banco Central Europeu com base nos Tratados da União Europeia e na Constituição alemã, bem como a autoridade do Tribunal de Justiça Europeu. Em seguida, outra decisão do Tribunal Constitucional polaco não apenas questionou um ato específico da União Europeia, mas também declarou a inconstitucionalidade de disposições fundamentais dos próprios Tratados, assim como a supremacia do direito da União Europeia.

O Tribunal sinaliza que a própria União Europeia se afasta de seus ideais originários, o que, segundo o Tribunal, estaria em desacordo com a Constituição nacional polaca. Essa Constituição foi alterada, assim como muitas outras constituições europeias, justamente para fornecer as condições necessárias para a implementação da União Europeia.

Marta Lasek Markey[225] informa que a ascensão ao poder do partido de extrema-direita Lei e Justiça, “PiS”, no final de 2015, tem conduzido a Polônia, juntamente com a Hungria, ao conflito com a União Europeia por meio de vários de seus organismos.

---

[224] LARSEN, Signe Rehling. The Promise and Peril of Europe. **La Revue Européenne du Droit**, v. 3, Issue 2, p. 42-47, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3SsDCke. Acesso em: 14 out. 2023.

[225] LASEK-MARKEY, Marta. Poland’s Constitutional Tribunal on the status of EU law: the Polish government got all the answers it needed from a court it controls. **European Law Blog**. 21 out. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3u9x4h9. Acesso em: 26 out. 2023.

Diversas questões têm sido objeto de dissidências severas, abrangendo temas como a comunidade LGBT+, a proteção do meio ambiente natural, a independência do judiciário e outras pautas, em regra, conservadoras.

Markey[226] chama a atenção para o atrito ocorrido em 7 de outubro de 2021 entre a União Europeia e a Polônia e explica que o Tribunal Constitucional da Polônia declarou alguns dispositivos do Tratado da União Europeia como inconstitucionais e incompatíveis com a Constituição Polonesa, argumentando que, por essa razão, não poderiam ser aceitos.[227]

A reviravolta do julgado teria ocorrido devido ao novo cenário institucional com a alteração dos membros da Corte. O primeiro-ministro polaco acionou a Corte polaca, formada por juízes nomeados fora das regras de nomeação, para se manifestar sobre o caso. O resultado foi a violação expressa do Tratado da União Europeia, prevalecendo a decisão do governo que havia nomeado os juízes, violando desta forma a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Basicamente, os problemas começaram quando os 15 juízes foram eleitos para o Tribunal Constitucional de acordo com a lei, sendo escolhidos pelo Parlamento para um mandato de 9 anos. Em 2015, o Parlamento elegeu cinco juízes para substituir aqueles cujo mandato estava prestes a expirar. No entanto, o presidente da Polônia, Andrzej Duda, recusou-se a empossá-los.

Após a vitória do Partido Conservador (PIS) nas eleições gerais, o Parlamento recém-constituído elegeu novos juízes, os quais foram empossados pelo presidente rapidamente.

Marta Lasek Markey[228] afirma que a violação do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos determina que a formação do Tribunal precisa se dar na forma da lei (§§ 289-291 da Convenção) e não pela vontade do executivo.

Na Polônia, com o novo governo, foram nomeados os cinco juízes para o Supremo Tribunal, o que deu poderes e espaço para a tese do governo de enfrentamento com a União Europeia. Isso culminou na violação, por parte da Corte Constitucional Polonesa, controlada politicamente pelo executivo devido à

---

[226] LASEK-MARKEY, Marta. **Poland's Constitutional Tribunal on the status of EU law**…

[227] Diversos dispositivos teriam sido violados. Para o efeito da presente tese, não há a necessidade de se aprofundar em todos os detalhes destes casos constitucionais, tão somente é anunciado que a Corte Nacional violou os compromissos com a União Europeia.

[228] LASEK-MARKEY, Marta. **Poland's Constitutional Tribunal on the status of EU law**…

manipulação na formação da Corte, de determinações da Convenção Europeia em vigência.

A Suprema Corte Polonesa fez valer o foro interno ao declarar inconstitucional a exigência da União Europeia. Em março de 2021, o Tribunal de Justiça da União Europeia anulou efetivamente uma decisão do Tribunal Constitucional da Polônia, reiterando que os efeitos do princípio da primazia do direito da União Europeia eram vinculativos para todos os órgãos de um Estado-Membro (§§ 140-150).

Marta Lasek Markey[229] explica que, na realidade, não há conflito entre o Tratado da União Europeia e a Constituição polaca. De acordo com o art. 45 da Constituição polaca, todos os tribunais devem ser independentes e imparciais. Como discutido anteriormente, o Tribunal Constitucional atualmente não é independente nem imparcial.

Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia não só apontou, na sua jurisprudência, as violações do direito da União Europeia por parte da Polônia, como também destacou indiretamente a violação da sua própria Constituição por parte do Estado-membro, uma vez que esta, como todas as demais constituições, foram alteradas para propiciar o acoplamento estrutural das nacionalidades europeias e o bloco europeu individualista.

A presidente da Comissão Europeia, Ursula Von Der Leyen, foi enérgica em seu posicionamento e respondeu à decisão polaca com uma declaração prometendo usar todos os poderes disponíveis do Tratado para garantir o princípio da primazia. O acórdão polaco foi amplamente criticado por muitos Estados-membros, inclusive levantando-se a hipótese da retirada da Polônia da União Europeia. Aguarda-se os desdobramentos dessa situação. Gerhard Van Der Schyff[230] indica que o acórdão do Tribunal Constitucional polaco, de 7 de outubro de 2021, acentuou a necessidade de se delimitar uma identidade constitucional clara da União Europeia, o que precisa se dar para além das identidades constitucionais dos Estados-membros.

Quando se fala sobre a identidade das comunidades nacionais, é preciso levar em consideração os momentos pós-Guerra e a situação dos países do leste

[229] LASEK-MARKEY, Marta. **Poland's Constitutional Tribunal on the status of EU law**…

[230] SCHYFF, Gerhard Van Der. A necessidade de uma identidade constitucional explícita da UE: o outro lado do acórdão do Tribunal Constitucional Polaco K 3/21. **Nederland Rechtsstaat**. 14 jan. 2022. Disponível em: https://bit.ly/48MY1pX. Acesso em: 26 out. 2023.

europeu. Originariamente, o início do projeto constitucional de muitos dos Estados-membros pós-comunistas procurava concretizar, a partir da sua adesão à União Europeia, o anseio democrático, mantendo sempre a reserva. Uma contradição fundamental é a retirada desses países, não de um bloco ou de uma comunidade, mas de uma União, com largos passos no caminho da consolidação.

O problema de fundo é que aderir à União Europeia estava no âmbito da liberdade das nacionalidades e, em princípio, portanto, expressava sua identidade constitucional na medida em que se aderia visando à construção de uma democracia soberana a nível nacional. Contudo, essa soberania não era plena, pois existiam limitações, exigindo que os novos Estados-membros se governassem como democracias limitadas, com restrições à sua soberania nacional.

Essa situação remetia a certo grau de desconfiança diante de uma possibilidade, mesmo que distante, da construção do potencial risco da instauração de um novo império totalitário. Novo império, uma nova ameaça à democracia, justamente um pesadelo pelo qual muitas nações do leste europeu passaram. Não há como apagar do inconsciente coletivo dessas nações a experiência desalentadora com a opressão do Estado totalitário nazista e, posteriormente, a partir de 1945, com o totalitarismo da União Soviética.

Júlio Baqueiro Cruz[231] alerta para o enfraquecimento do projeto de integração da União Europeia, fazendo referência a um processo de decadência e resistência no direito da União Europeia. Ele aponta para os riscos da deterioração do próprio Estado-Nação, considerado um dos elementos mais originais e valiosos.

O direito da União Europeia é um instrumento de civilização ameaçado pelas posturas ambíguas dos países-membros e o declínio também se explicaria por conta das complexidades e dos desafios relativos a vários fatores, incluindo a questão da teoria do pluralismo constitucional e o grande empasse entre o direito comum e o nacional.

Essas abordagens críticas em relação à União Europeia reúnem uma série de elementos essenciais. Elas não desconsideram os vários momentos de crise da Comunidade, não minimizam o egoísmo dos Estados consigo mesmos, mas, acima de tudo, não estão desatentas aos fantasmas do passado, em parte atribuídos ao

[231] CRUZ, Júlio Baquero. The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement. **European Law Journal**. v. 14, ed. 4, p. 389-517. 30 maio 2008. Disponível em: https://bit.ly/3vOacnS. Acesso em: 14 out. 2023.

desconhecimento histórico e, em parte, ao egoísmo implícito dos Estados-membros em relação às suas situações específicas.

A União Europeia tem como grande centro de inspiração a chamada Declaração Schuman,[232] como uma consequência coletiva ao nefasto cenário deixado pela Segunda Guerra Mundial que, aos poucos, foi abrindo caminhos para a construção e a percepção de uma consciência histórica comum.

A necessidade de solidariedade e da abertura e do carácter criativo do direito da União Europeia, que vem aos poucos cedendo espaço para egoísmo nacional e as divergências que levam à deterioração da intenção fundacional do Bloco Europeu, que historicamente se constituíra para evitar tentações totalitárias desagregadoras que conduzisse novamente à guerra.[233]

Segundo a inspiração da Declaração Schulman,[234] a paz coletiva, se quiser ser duradoura, necessita de esforços criativos que estejam à altura dos desafios que

---

[232] Robert Schuman era ministro francês dos Negócios Estrangeiros. Em 9 de maio de 1950, redigiu uma carta de intenções considerando a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, com o objetivo de instituir um mercado comum para esses recursos entre os países fundadores. No contexto de destruição em que a Europa se encontrava, um esforço comum no setor energético era considerado essencial e estratégico. A este apelo, aderiram a França, a República Federal da Alemanha, a Itália, os Países Baixos, a Bélgica e o Luxemburgo. Esse movimento, simultaneamente político e econômico, foi como um balão de ensaio para todos os passos posteriores, congregando as instituições europeias supranacionais que mais tarde criariam as condições essenciais para a fundação da União Europeia.

[233] Na história do Direito Comercial, ao estudar as grandes rotas comerciais, os interesses mútuos e as expectativas de ganho, encontramos justificativas para a paz entre os povos. Essa paz não é guiada por princípios humanitários ou ordenanças transcendentais, mas, sim, pela expectativa de enriquecimento mútuo. Após a Segunda Guerra Mundial na Europa, diante das devastadoras consequências e da falta de alternativas, as lideranças europeias precisavam encontrar uma solução que impedisse um terceiro conflito mundial. Assim, identificaram na questão energética um ponto em comum. A produção de carvão e aço surgiram como elementos que poderiam evitar um futuro confronto entre a França e a Alemanha, historicamente litigantes e rivais. Essa percepção motivou a proposta contida na Declaração Schuman. A fusão dos interesses econômicos tornava menos provável que nações associadas comercialmente buscassem um confronto que destruiria suas economias compartilhadas. Dessa forma, abriu-se caminho para que outras nações se unissem a essa estratégia comum.

[234] Eis o texto integral da Declaração: Eis o Texto integral da declaração: “A paz mundial não poderá ser salvaguardada sem esforços criativos que estejam à altura dos perigos que a ameaçam. A contribuição que uma Europa organizada e dinâmica pode dar à civilização é indispensável para a manutenção de relações pacíficas. Ao assumir-se há mais de 20 anos como defensora de uma Europa unida, a França teve sempre por objetivo essencial servir a paz. Pôr a Europa não se ter unido, tivemos a guerra. A Europa não se construirá de uma só vez, nem de acordo com um plano único. Construir-se-á através de realizações concretas que criarão, antes de mais, uma solidariedade de facto. A união das nações europeias exige que se ponha cobro ao secular antagonismo entre a França e a Alemanha. Qualquer ação deve envolver principalmente estes dois países. Com esse objetivo, o Governo francês propõe-se atuar imediatamente num plano limitado, mas decisivo. O Governo francês propõe subordinar o conjunto da produção franco-alemã de carvão e de aço a uma Alta Autoridade comum, numa organização aberta à participação dos outros países da Europa. A congregação das produções de carvão e de aço garantirá imediatamente o estabelecimento de bases comuns de desenvolvimento económico, primeira etapa da federação europeia, e mudará o destino de regiões que há muito se dedicam ao fabrico

se apresentam. Será construída de forma escalonada, seguindo uma linha de condução, implementando realizações concretas que criariam condições para o surgimento da solidariedade. A produção em conjunto de carvão e de aço poderia mudar o destino das regiões produtoras, e os esforços individuais para a produção de armas para a guerra se converte em um processo de paz que traga prosperidade e não vitime os próprios países produtores.

---

de armas de guerra e delas têm sido as principais vítimas. A solidariedade de produção assim alcançada mostrará claramente que qualquer guerra entre a França e a Alemanha se tornará não só impensável, mas materialmente impossível. A criação desta poderosa unidade de produção, aberta a todos os países que nela queiram participar, que proporcionará, por fim, a todos os países que a compõem os elementos fundamentais da produção industrial em condições idênticas, lançará os fundamentos reais da sua unificação económica. Esta produção será oferecida a todos os países do mundo, sem distinção nem exclusão, a fim de contribuir para a melhoria do nível de vida e para o desenvolvimento das obras de paz. Com meios acrescidos, a Europa poderá prosseguir a realização de uma das suas funções essenciais: o desenvolvimento do continente africano. Assim se realizará, simples e rapidamente, a fusão de interesses indispensável à criação de uma comunidade económica e introduzirá o fermento de uma comunidade mais vasta e mais profunda entre países durante muito tempo opostos por divisões sangrentas. Esta proposta, por intermédio da congregação de produções de base e da instituição de uma nova Alta Autoridade cujas decisões vincularão a França, a Alemanha e os países aderentes, lançará as primeiras bases concretas de uma federação europeia indispensável à preservação da paz. A fim de prosseguir a realização dos objetivos assim definidos, o Governo francês está disposto a iniciar negociações nas seguintes bases. A missão atribuída à Alta Autoridade comum consistirá em assegurar, a breve trecho: a modernização da produção e a melhoria da sua qualidade; o fornecimento, em condições idênticas, de carvão e de aço nos mercados francês, alemão e dos países aderentes; o desenvolvimento da exportação comum para outros países; a harmonização no progresso das condições de vida da mão-de-obra dessas indústrias. Para atingir estes objetivos a partir das condições muito díspares em que atualmente se encontram as produções dos países aderentes, deverão ser tomadas, a título provisório, determinadas disposições, incluindo a aplicação de um plano de produção e de investimentos, a instituição de mecanismos de perequação dos preços e a criação de um fundo de reconversão destinado a facilitar a racionalização da produção. A circulação do carvão e do aço entre os países aderentes ficará imediatamente isenta de qualquer direito aduaneiro, não podendo ser afetada por tarifas de transportes distintas. Progressivamente, criar-se-ão condições para assegurar espontaneamente a repartição mais racional da produção ao mais elevado nível de produtividade. Ao contrário de um cartel internacional que tende a repartir e a explorar os mercados nacionais com base em práticas restritivas e na manutenção de elevados lucros, a organização projetada assegurará a fusão dos mercados e a expansão da produção. Os princípios e compromissos essenciais acima definidos serão objeto de um tratado assinado entre os Estados e submetidos a ratificação pelos parlamentos. As negociações indispensáveis para precisar as medidas de aplicação serão realizadas com a assistência de um mediador designado por comum acordo; este terá a missão de velar por que os acordos respeitem os princípios e, em caso de oposição irredutível, fixará a solução a adotar. A Alta Autoridade comum, responsável pelo funcionamento de todo o regime, será composta por personalidades independentes designadas numa base paritária pelos governos; o presidente será escolhido de comum acordo entre os governos; as suas decisões serão de execução obrigatória em França, na Alemanha e nos restantes países aderentes. As necessárias vias de recurso contra as decisões da Alta Autoridade serão asseguradas por disposições adequadas. Um representante das Nações Unidas junto da referida Alta Autoridade elaborará semestralmente um relatório público destinado à ONU, dando conta do funcionamento do novo organismo, nomeadamente no que diz respeito à salvaguarda dos seus fins pacíficos. A instituição da Alta Autoridade em nada prejudica o regime de propriedade das empresas. No exercício da sua missão, a Alta Autoridade comum terá em conta os poderes conferidos à autoridade internacional da região do Ruhr e quaisquer outras obrigações impostas à Alemanha, enquanto estas subsistirem". (UNIÃO EUROPEIA. **Declaração Schuman, de maio de 1950**. Disponível em: https://bit.ly/48Yed7K. Acesso em: 15 out. 2023).

Matthias Herdegen[235] observa que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal tem um papel ativo no desenvolvimento da relação entre o direito e a ordem jurídica europeia, tendo se destacado como um Tribunal à frente dos demais, no sentido de zelo com as decisões do bloco e com a insatisfação com o progresso insuficiente do modelo europeu. Também se mantém observando a forma, como os direitos fundamentais têm recebido proteção no âmbito da União Europeia.

Júlio Baquero Cruz aponta para um dos momentos críticos na consolidação do projeto de unificação da Europa. Ele indica o caso "Maastricht-Urteil" do Tribunal Constitucional alemão, em outubro de 1993, que impactou fortemente o direito da União Europeia.

O veredito de Maastricht dizia respeito a uma decisão do Tribunal Federal Constitucional alemão, de 1993, que analisou o Tratado da União Europeia, decidindo que este não violava a lei fundamental alemã e sua Constituição. Contudo, delineou certas aspirações do sujeito constitucional alemão na medida em que foram assentadas certas condições e restrições à plena integração da Alemanha no projeto europeu, levou em conta a importância da participação parlamentar e os aspectos que dizem respeito à impossibilidade de uma transferência ilimitada de soberania.

Como se vê, em diversas ocasiões, esse tema da complexa relação entre a União e os Estados nacionais vem sendo analisado e cada vez mais se consolida, apesar de alguns casos dissonantes como já mencionados, como o caso da Polônia e outros.

Essas reservas não foram revistas posteriormente e as ideias que as motivaram têm sempre se apresentado sob as mais diversas formas nesse diálogo constante de interação entre União e entes comunitários europeus. Constitui-se em uma das dimensões de ponta do pluralismo constitucional ou convencional dos Estados europeus. Todos esses casos práticos, oriundos da análise da União Europeia, são a melhor expressão desse novo paradigma do sujeito constitucional, que pretende se firmar na realidade europeia quanto à sua nova identidade comunitária, que se obrigou a abandonar uma natureza basicamente nacionalista, contudo, sem relegar seus valores nacionais constitutivos de cada povo.

Expostas a ideias basilares sobre a evolução do paradigma e a construção de um paradigma pluralista, as dimensões da hermenêutica como configuradoras de

um Processo Constitucional, visando a uma concepção da Constituição brasileira de 1988 como portadora de um horizonte de sentido pluralista, bem como a experiência da União Europeia, parte-se para o próximo tema, que gira em torno dos aspectos dogmáticos do Processo Constitucional.

2 ASPECTOS TEÓRICOS E DOGMÁTICOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

2.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO DE UMA TEORIA DEMOCRÁTICA E CONSTITUCIONALISTA

O objetivo deste capítulo é a partir das noções teóricas e dogmáticas, compreender a interação dinâmica do Processo Constitucional com o pluralismo jurídico, tanto do ponto de vista material quanto processual, pois é o Processo Constitucional, que avaliará a compatibilidade material desse direito com a Constituição na efetivação dos direitos fundamentais.

Foram analisadas, em linhas gerais, as mudanças paradigmáticas no mundo e no Direito, tendo sido observada a importância das novas métricas sociais, culturais, espirituais e econômicas da percepção do mundo, da natureza e da sociedade humana em um contexto de complexidade em que avança o processo de desencanto e desumanização.

A partir desses pressupostos, abriu-se o caminho para se discutir o papel das Ciências e do Direito, como uma das áreas das Ciências Sociais e, mais precisamente, a função técnica do Direito como um instrumento garantidor de direitos. Em um recorte mais preciso, destaca-se a função que o Instituto Jurídico do Processo Constitucional ocupa, sendo essencial à garantia dos direitos e dos direitos fundamentais em especial.

Consideradas as premissas assentadas nas concepções sistêmicas que envolvem sociedade-homem-natureza, acrescenta-se mais um elemento ao Processo Constitucional: o Pluralismo Jurídico. Este é considerado um paradigma inclusivo e democrático, albergando as teses pluralistas, delimitando ainda mais o foco da tese e apresentando os referenciais teóricos que abordam esse tema.

Uma vez pavimentado o caminho a partir da Filosofia da Ciência de Kuhn, estabelecida a necessidade de mudança de percepção, eleito o paradigma pluralista como base dessa construção teórica e identificado o papel do Processo Constitucional, inclusive com a conotação de substancialidade, é possível coligar as categorias do Processo Constitucional Substancial e o Pluralismo Jurídico, tendo como pano de fundo a Teoria do Sujeito Constitucional, ou seja, os três elementos viscerais constitutivos da tese.

A Teoria do Sujeito Constitucional traz elementos da psicanálise e da Filosofia da Linguagem como formas de ampliar a metodologia do estudo. Assim, torna-se possível ingressar no Capítulo ora dissertado, que versa sobre o Processo Constitucional, seus elementos e seu desdobramento em Processo Constitucional Substantivo.

Foram eleitas algumas vertentes teóricas para desenvolver o estudo, como técnica de recorte metodológico, visando à análise do Processo Constitucional. Observa-se que, mesmo que alguns temas sejam comuns às várias formas de ver a questão, enfatizam-se alguns aspectos específicos em cada teoria.

Analisando-se a vertente alemã desenvolve-se o princípio da proporcionalidade, na norte-americana a categoria de Devido Processo Substancial, a portuguesa a construção dos direitos fundamentais e seus pontos de semelhança com o sistema brasileiro e a experiência constitucional de Portugal, como uma realidade mais próxima do constitucionalismo brasileiro e finalmente a uma vertente que se apresenta sem precedentes, é o constitucionalismo latino-americano ou andino analisado em alguns aspectos essenciais.

Desta forma é possível traçar alguns comparativos edificantes para a o aperfeiçoamento da ordem constitucional brasileira. A dogmática estrutura formalmente o sistema de garantias, pela pressuposição de certos princípios e devido as suas técnicas de positivação do direito, evocando assim a ideia de Processo Constitucional na medida em que ocorre um acoplamento estrutural entre Processo e Constituição.

Antes de dar continuidade a questão da dogmática e o desenvolvimento da construção do Processo Constitucional e seus desdobramentos, é necessária uma alusão a origem do termo e como se deram os primeiros passos na construção deste precioso instituto, enquanto expressão legítima da construção da Democracia, pelo que se analisa o conceito e suas acepções na doutrina.

Quanto às origens do Processo Constitucional, consta da literatura, segundo Daniel Mitidiero[236] que em 1933, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo ao analisar a estrutura do Tribunal de Garantias Constitucionais previsto na Constituição

[236] MITIDIERO, Daniel. Processo Constitucional: De onde vem, para que serve, do que se alimenta? Processo costituzionale: da dove viene, a cosa serve, di cosa si nutre?Revista de Processo? **Revista de Processo: RePro**. São Paulo, v. 48, n 344, p. 307-321, out. 2023. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/179707 .Acesso em: 24 jan. 2024.

espanhola de 1931, faz uso do termo "Processo Constitucional"[237] o que é confirmado expressamente pelo próprio Alcalá-Zamora Y Castillo.[238]

O termo Processo Constitucional aparece também empregado por Eduardo Couture[239] em 1947 no tocante a sua análise das relações entre a Constituição e o Processo Civil, portanto em data posterior aos estudos de Alcalá-Zamora.

Segundo o entendimento de Daniel Mitidiero[240] e Hermes Zaneti Júnior[241], nesta fase Eduardo Couture, começava analisar o Processo Civil na perspectiva do Direito Constitucional. Mitidiero[242] traça uma linha evolutiva da conceituação do Processo Constitucional e seus primórdios, desde as estruturas do Direito de Processo Civil até a confluência com o Direito Constitucional, sugerindo um percurso segundo o qual os processualistas foram aos poucos aproximando a disciplina processual da Constitucional.

Mitidiero em seu relato traça o seu roteiro iniciando por Aniceto Alcalá-Zamora Y Castillo[243], perpassando por Piero Calamandrei[244], Eduardo Couture[245], Mauro Cappelletti[246], Héctor Fix-Zamúdio e Eduardo Ferrer Mac-Gregor[247] e

---

[237] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Significado y Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales (1933): Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. Buenos Aires: **Revista de la Jurisprudencia Argentina**, 1944. p. 503 e ss.

[238] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Trayectoria y Contenido de una Teoría General del Proceso" (1949). **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso** (1945-1972). México: UNAM, 1974. t. I, p. 515.

[239] COUTURE Eduardo. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil: **Estudios de Derecho Procesal Civil** (1947). v. 1, 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

[240] MITIDIERO, Daniel. **Processo civil.** São Paulo: RT, 2021. p. 50; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** do modelo ao princípio (2009). 4. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 41.

[241] ZANETI JR., Hermes. A **constitucionalização do processo**. 3 ed. São Paulo: RT, 2021.

[242] MITIDIERO, Daniel. Processo Constitucional: De onde vem, para que serve, do que se alimenta? Processo costituzionale: da dove viene, a cosa serve, di cosa si nutre?Revista de Processo? **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 48, n 344, p. 307-321, out. 2023. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/179707 .Acesso em: 24 jan. 2024.

[243] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Significado y Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales: Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. Buenos Aires: **Revista de la Jurisprudencia Argentina**, 1944. p. 503 e ss.

[244] CALAMANDREI, Piero (1889-1956). La Illegittimità Costituzionale delle Leggi nel Processo Civile (1950). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1968. v. III ; CALAMANDREI, Piero. Processo e Giustizia (1950). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. I; CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia (1954). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. I.

[245] COUTURE, Eduardo. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil (1946). **Estudios de Derecho Procesal Civil** (1947). 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. t. I, p. 19 e ss.

[246] CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà – Primo Studio sul Ricorso Costituzionale.** Milano: Giuffrè, 1955; CAPPELLETTI, Mauro. **La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile.** Milano: Giuffrè, 1957; CAPPELLETTI, Mauro. **Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato.** Milano: Giuffrè, 1968.

[247] MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer *et allis*. **Homenagem Brasileira a Hector Fix-Zamudio em seus 50 Anos como Pesquisador do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

finalmente chegando ao Brasil nos textos de Frederico Marques[248].

Mitidiero[249] observa que a expansão da temática do Processo Constitucional se entrelaça com o avanço das democracias ocidentais e com sua principal expressão no campo do direito, a Constituição, fazendo alusão aos trabalhos de Antonio Ruggeri[250] e Maurizio Fioravanti[251] dentre os estrangeiros e dentre os brasileiros alude a uma plêiade de autores dedicados ao estudo do tema[252].

Os estudos de José Alfredo de Oliveira Baracho[253] não devem apenas figurar como um dentre os demais juristas nacionais ocupados do tema, pois, como pode ser observado em sua obra maior sobre o assunto, "Processo Constitucional" não só consolida seus trabalhos anteriores, como também inaugura no Brasil o tema Processo Constitucional a exemplo de seus contemporâneos na América Latina.

Em virtude disso, é correto afirmar que Oliveira Baracho de fato inaugura no Brasil o tema, no sentido de lhe delimitar o objeto, descrever o método, precisar a terminologia, bem como traçar um panorama mundial do tema, revestindo o assunto da necessária cientificidade contestada por alguns, sem, contudo, fazerem menção aos fundamentos da obra de Oliveira Baracho.

Os estudos de Oliveria Baracho têm a virtude de terem aberto o caminho nas searas do Direito Processual e Constitucional, para uma autêntica escola jurídica do Processo Constitucional, base epistemológica para a edificação de toda a discussão científica do tema, nas últimas décadas no Brasil com escritos iniciados antes mesmo da Constituição de 1988.

Se na esfera constitucional Oliveria Baracho reflete sobre o Processo, no

---

[248] FREDERICO MARQUES, José. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária.** São Paulo: Ed. RT, 1952. p. 14-15.

[249] MITIDIERO, Daniel. Processo Constitucional: De onde vem, para que serve, do que se alimenta? Processo costituzionale: da dove viene, a cosa serve, di cosa si nutre?Revista de Processo? **Revista de Processo**: RePro. São Paulo, v. 48, n 344, p. 307-321, out. 2023. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/179707 .Acesso em: 24 jan. 2024.

[250] RUGGERI Antonio; SPADARO, Antonino. **Lineamenti di Giustizia Costituzionale (1998)**. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2019. p. 6;

[251] FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione.** Bologna: Il Mulino, 2009; FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo – Percorsi della Storia e Tendenze Attuali** (2009). 7. ed. Roma: Laterza, 2017.

[252] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional** (2007). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 39 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** (2009). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 29 e ss.; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** (2012). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 35 e ss.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional** (2012). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 69 e ss.

[253] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

âmbito Processual antecipa as discussões sobre a constitucionalidade do Instituto Processual, abrindo caminho para uma futura crítica ácida à escola instrumental paulista capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco[254] e suas finalidades fundadas em escopos metajurídicos, celeridade, eficiência e racionalidade instrumental, teoria esta que com o tempo, em seus extremos chegou a desafiar a própria estrutura garantista do Processo Constitucional, cuja crítica abriu um frutuoso e necessário debate na literatura jurídica pátria.

Após esta nota sobre o conceito e a origem do Processo Constitucional e seus desdobramentos e influências é possível analisar alguns aspectos sobre a dogmática jurídica aplicada ao Processo Constitucional e como esta expressão surgiu no âmbito do direito até mesmo para se contrapor às construções de natureza teórica conceitual desta Disciplina.

A expressão “dogmática” que se utiliza para referir ao Direito tem suas origens na evolução histórica do amalgamento de três elementos, a religião judaica, a filosofia grega e a jurisprudência ou o direito romano, como a seguir se verá.

O Direito brasileiro, em suas origens, desde o século XVI, é o fruto das construções jurídicas europeias, notadamente as Ordenações Portuguesas. Toda a construção jurídica ocidental é resultado da cultura ocidental da qual se origina e na qual se edifica.

A religião judaica, a filosofia grega e a jurisprudência romana historicamente se amalgamaram, e desse imbricamento surge a cultura ocidental, pois todos esses aspectos estarão presentes na formação de uma cultura própria, que é notadamente a estrutura atual de toda a construção ocidental, o cristianismo. Nesse sentido, é de se relembrar o discurso proferido pelo Papa Bento XVI no Parlamento alemão[255] em 2011.

Bento XVI aponta para a confluência do pensamento dos teólogos cristãos, dos filósofos gregos e dos jurisconsultos romanos desde o século II a.C., quando se dá o encontro entre o direito natural social, desenvolvido pelos filósofos estoicos, e os mestres do direito romano. Dessa junção emergem as primeiras colunas da cultura jurídica ocidental, decisiva para a cultura jurídica da humanidade.

---

[254] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

[255] ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. Vicariato Episcopal para a Educação e a Universidade. **Discurso Papa Bento XVI no parlamento alemão**. 26 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/4b36eYN. Acesso em: 15 maio 2023.

Esse elo entre direito e filosofia percorre a Idade Média e seria decisivo para as bases do desenvolvimento jurídico do Iluminismo até a Declaração dos Direitos Humanos. Posteriormente, estendeu-se à Lei Fundamental alemã em 1949, instituindo direitos invioláveis e inalienáveis do homem. Esses direitos serviriam como o fundamento para propiciar uma estrutura humanística para o novo mundo em ebulição civilizacional.

Às grandes colunas civilizatórias dos gregos e dos romanos, acresceu-se o judaísmo na cultura europeia, resultado da confluência do encontro entre Jerusalém (fé no Deus de Israel), Atenas (a razão filosófica dos gregos) e Roma (o pensamento jurídico dos jurisconsultos romanos). Dessa confluência, cria-se a identidade constitucional europeia com força suficiente para cimentar uma dupla consciência perante Deus e perante o próximo, pelo reconhecimento da dignidade inviolável do homem, fixando critérios jurídicos presentes no mundo atual e que precisam ser defendidos.

Não é possível pousar os olhos no sistema jurídico de qualquer país atualmente sem encontrar elementos culturais ao longo do percurso histórico do processo hermenêutico no plano jurídico, que perpassa a tradição judaica que tanto explica a trajetória da “hermenêutica”, enquanto arte ou ciência interpretativa, como também revela elementos que podem ser utilizados para compreender o desenvolvimento da “dogmática”.

O processo interpretativo das Escrituras Sagradas do Antigo Testamento foi fruto do labor do judaísmo rabínico.[256] O *Talmude* é uma compilação de textos sagrados de acordo com as tradições e regras hermenêuticas sistematizadas pelos rabinos Hillel, Ismael Ben Elias e Eliezer Ben José Hal-Galili. Esse método interpretativo vai se esmaecendo com o passar do tempo por dois motivos.

O primeiro é que o método interpretativo judeu perde força devido a uma leitura cristã da técnica interpretativa, iniciada com Santo Agostinho no século V, que já escreve sob o influxo do platonismo e da cultura grega. Posteriormente, isso se intensifica com os escritos de Tomás de Aquino no século XIII, a partir das obras aristotélicas.

---

[256] FOGAÇA, Renan Gomes. A Hermenêutica da Bíblia em Fílon de Alexandria. **Revista Eletrônica Espaço Teológico**, São Paulo, Vo. 12, nº 22, jul/dez, 2018, p. 89-103. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/40972-115120-1-SM%20(1).pdf. Acesso em 20 jan. 2024

Na medida em que os romanos trouxeram muitos elementos da cultura grega, a abordagem literal, alegórica, moral e analógica (escatológica) judaica já estava afetada e mais ainda o seria com os impactos da Reforma Protestante e pelo Iluminismo. Com o domínio do cristianismo em suas vertentes católica ou protestante, empregou-se um maior vigor interpretativo, fechando-se o ciclo no qual a linguagem da interpretação passou pelo crivo judaico, helênico e depois latinista.

Filon de Alexandria[257] quis tornar o judaísmo mais assimilável para os gregos. Para isso, utilizou-se da estratégia narrativa, apresentando a concepção dos antigos heróis mitológicos gregos, associando-os aos personagens das narrativas judaicas, no mesmo processo de inculturação que a tradição cristã depois faria com a cultura politeísta dos romanos e dos gregos antigos.

Ilustra de maneira eloquente essa afirmativa o discurso do Apóstolo Paulo na Ágora grega. Ele parte do reconhecimento da simpatia dos helenos pelo “deus desconhecido”[258] para a introdução do Deus cristão na cultura e no mundo grego. Esse exemplo se estende para outros povos,[259] irradiando a mensagem cristã da Grécia para o mundo antigo.[260]

---

[257] FOGAÇA, Renan Gomes. A Hermenêutica da Bíblia em Fílon de Alexandria. **Revista Eletrônica Espaço Teológico**, São Paulo, Vo. 12, nº 22, jul/dez, 2018, p. 89-103. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/40972-115120-1-SM%20(1).pdf. Acesso em 20 jan. 2024.

[258] BÍBLIA ON-LINE. **Atos, 17, 16-34**. Disponível em: https://bit.ly/3Sz0Mpq. Acesso em: 1º maio 2023.

[259] A situação política na época da condenação de Jesus refletia a estratégia de Roma de tolerância com o que não representasse uma ameaça direta ao império. Essa abordagem visava manter a estabilidade nas regiões dominadas, evitando agitações e insurreições que pudessem comprometer o controle imperial. Nesse contexto, Pilatos, o governador romano da Judeia, estava ciente da sensibilidade política e religiosa local. Os líderes judeus, preocupados em manter seu status e evitar represálias romanas, não desejavam atrair atenção indesejada. Jesus e seu primo João Batista, no entanto, adotaram posturas diferentes. João denunciava abertamente os excessos de Herodes, enquanto Jesus confrontava as autoridades religiosas e políticas, chegando a chamar Herodes de "raposa". Essas atitudes contrariavam a postura de autocontrole esperada das populações dominadas e contribuíram para a tensão que culminou na crucificação de Jesus (BÍBLIA SAGRADA. **Lucas 13:32**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995) e João chamava de adúltero (BÍBLIA SAGRADA. **Marcos 6:17-28**...).

[260] A transferência imagética que permitiu ao apóstolo Paulo apresentar o Deus cristão como o "deus desconhecido" dos gregos teve um efeito similar sobre os cristãos convertidos de religiões e crenças mitológicas, que eram permeadas por relatos heroicos. Esses relatos, inicialmente provenientes de mitologias pagãs, posteriormente inspiraram o imaginário dos novos crentes cristãos. Essa dinâmica cultural explicaria a substituição das imagens dos antigos deuses pagãos pelas novas representações de mártires, heróis da fé e figuras ricas em virtudes a serem imitadas, resultando na veneração de Santos na tradição cristã. Essa prática, que incorporou elementos culturais da Roma pagã, incluindo crenças celtas e de outros povos, demonstra uma continuidade cultural e apropriação de festas pagãs, como aquelas relacionadas ao culto ao sol nascente, que coincidiam temporalmente com a data estipulada para o Natal cristão.

Foi ocorrendo paulatinamente uma apropriação religiosa[261] e cultural, inicialmente informal e posteriormente formal, por conta da liberalidade de culto assegurado pelo Imperador Constantino a partir de um decreto, influenciado por sua mãe Helena. É famoso o relato segundo o qual o imperador, em meio a uma grande batalha, viu um sinal no céu com os dizeres *"in hoc signo vinces*"[262] (com este símbolo vencerás).

Dos relatos sobre os grandes personagens das histórias e lendas dos heróis romanos e gregos surgiria mais tarde os heróis da fé, portadores de grandes virtudes e modelos de vida para as recém-formadas comunidades cristãs. Essa é a base da tradição católica de veneração (*dulia*) e hiperveneração (*hiperdulia*) prestadas aos santos e à Virgem Maria, respectivamente,[263] ao longo dos séculos. Esse comportamento era algo absolutamente diferente dos costumes pagãos precedentes, como o costume de prestar "adoração" a imagens, como nas culturas egípcias.[264]

Todo esse complexo processo de inculturação, apropriação cultural e religiosa no contexto da expansão imperial romana, envolvendo o contato com as mais diversas culturas e crenças, teve reflexo na estrutura jurídica do Império e dos povos que absorviam a cultura dominante, mas que também por ela eram afetados.

---

[261] Até mesmo o título utilizado pelo Imperador Constantino de "*Pontifex Maximus"* seria utilizado pelos papas Católicos, "Sumo Pontífice", a ponte máxima entre o céu e a terra, o divino e o humano. De igual forma não havia dia de descanso no Império. Constantino, no ano de 321, determinou o "*venerabili die Solis*" (venerável dia do Sol), foi este dia estipulado em uma data pagã, mas que beneficiava aos cristãos, que mais tarde seria apropriado pela cultura cristã para comemorar o dia da ressurreição dos Senhora, a Páscoa cristã a coincidir com o primeiro dia da semana. Senhor, um dia de repouso e culto a Deus. que coincidia com o primeiro dia da semana (SHELLEY, Bruce. **História do Cristianismo**. Tradução: Giuliana Niedhardt. Rio de Janeiro: Thomas Nelson, 2018, p. 122). A partir do ano 312, Constantino favoreceu o cristianismo abertamente permitindo isonomia em isenção tributária para os sacerdotes cristãos tal qual os pagãos já usufruíam, eliminou as execuções por crucifixão e as batalhas de gladiadores como pena criminal e no ano 321, determinou um dia de folga na semana, criando o "domingo" pagão, construiu templos magníficos para os cristãos. Sobre sua verdadeira intenção aos se converter, se por razões realmente espirituais ou por estratégia política, o que se registrou é que quando de sua morte se recusou a um sepultamento com os ornamentos de honra do "*Pontifex Maximus*", preferiu uma simples roupagem branca utilizada pelos cristãos nas cerimônias batismais (SHELLEY, Bruce. **História do Cristianismo**... p. 122).

[262] O sinal interpretado como divino convenceu o Imperador a avançar em uma batalha em 28 de outubro de 312, ao obter fragorosa vitória sobre as tropas de Massêncio, considerou seu sucesso uma prova do poder de Cristo e da superioridade da religião cristã (SHELLEY, Bruce. **História do Cristianismo**... p. 122).

[263] ESPARZA, Daniel R. As formas distintas de veneração no catolicismo. **Aleteia**. 20 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3Udxcqt. Acesso em: 3 jan. 2024.

[264] O argumento costumeiro de crenças adversas ao catolicismo insiste no caráter herético da "adoração a imagens" mantida nas práticas religiosas católicas. Tal objeção não procede, e se alguns católicos não são motivados por esse sentimento idólatra, é devido à falta de conhecimento dos ensinamentos da própria igreja e da evolução histórica desses elementos de religiosidade.

Nesse aspecto, pode-se dizer que havia uma concepção pluralista e pragmática do Império Romano.

Essa tolerância de contornos geopolíticos fez grande diferença no processo de expansão do Império, e ainda hoje os resquícios dessa estratégia imperial estão presentes nas práticas neocoloniais das potências mundiais. Aqui se faz um recorte histórico temporal. Todos esses processos históricos se desdobram no tempo até ingressarem na Idade Medieval, na qual se formam as escolas de direito natural e o avanço da cultura que, contudo, permanecerá inoculada até o despertar iluminista.

A vasta cultura do passado foi preservada tanto pela custódia dos mosteiros e ordens religiosas quanto pelo surgimento das universidades fundadas na Europa,[265] que se tornaram grandes centros de irradiação cultural. Além disso, foram implementadas medidas concretas protetivas ao *status* especial dos professores universitários.[266]

Medievalistas de renome, como Le Goff,[267] relatam os detalhes do funcionamento das universidades, cujo corpo docente era formado por leigos e por religiosos. Em todos os aspectos, havia um profundo processo pluralista e, em vários casos, as jurisdições eclesiásticas e laicas se sobrepunham. Nesses casos, o grande poder dos Papas pendia para os interesses acadêmicos.

Esse tema de jurisdições antepostas revelam uma estrutura pluralista na Idade Média, sendo um importante indicativo a demonstrar que a convivência de normatividades distintas em um mesmo território preexistira ao Estado, como é atualmente constituído a partir do acoplamento estrutural entre a política e o direito.

No que diz respeito aos aspectos específicos do pensamento jurídico dos romanos, um dos pilares da civilização ocidental e que se projetou na idade média, Valter Kraiser[268] observa que em paralelo a todo o desenvolvimento da

---

[265] WOODS JR., Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. São Paulo: Quadrante, 2008, p. 46-50.

[266] O Papa Gregório IX (1227-1241) publicou a Bula "*Universitas Parens Scientiarum*", em 13 de abril de 1231, concedendo autonomia administrativa à Universidade de Paris. Isso incluía a submissão de todo o corpo docente à jurisdição eclesiástica, com a última instância de apelação ao papado, removendo qualquer ingerência da jurisdição civil nos assuntos acadêmicos. Os alunos tinham o direito de fazer greves, os professores desfrutavam do mesmo status jurídico que os ministros reais, e a liberdade de cátedra era assegurada. Além disso, era comum que os papas interviessem junto aos reis para garantir salários justos aos professores. Essa abordagem contribuiu para criar uma cultura de independência, dinamismo e um ambiente propício ao desenvolvimento do conhecimento. O iluminismo destacou, entre outras coisas, as raízes plantadas pelas universidades medievais.

[267] LE GOFF, Jacques. **Os intelectuais na Idade Média**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003, p. 23.

[268] LARA, Paulo Cesar de. A Influência da tradição judaico-cristã na hermenêutica jurídica

hermenêutica teológica se desenvolve a hermenêutica jurídica. Os métodos de interpretação teológica são todos apropriados pela hermenêutica jurídica.

Esses processos evolutivos transcorreram até o advento do século XV quando entra em cena a Reforma Protestante, reivindicando maior liberdade de interpretar, ocasião em que surge o ramo protestante da hermenêutica também em uma rica experiência pluralista. Na Alemanha, para cada universidade católica criada, havia a correlata criação de uma universidade protestante, o que mantinha viva a ebulição de ideias e a liberdade de pensamento, obviamente sem a dimensão liberal contemporânea.

Com a Reforma Protestante, ocorreu um significativo giro interpretativo. Wilhelm Christian Ludwig Dilthey[269] explica como toda a evolução hermenêutica, historicamente mencionada acima, é sintetizada nos estudos de hermeneutas como Schleiermacher e Hans Georg Gadamer, que, por sua vez, influenciaram Martin Heidegger, estabelecendo as grandes vertentes interpretativas da contemporaneidade. Essas correntes, somadas aos estudos sobre os jogos de linguagem de Ludwig Wittgenstein, deram origem ao que na Filosofia é denominado "giro linguístico".[270]

Esse movimento filosófico[271] é marcado por uma intensa e radical pela mudança de paradigma, passando da análise da razão que se baseava na "filosofia da consciência", centrada na subjetividade, para uma "filosofia da linguagem" que contempla a semântica e a comunicação.

Esse é o relato da trajetória da hermenêutica que encerrou facetas de ordem político-religiosa, filosófica e, ao final, jurídica, como o direito romano. Essa hermenêutica foi incorporada pela Igreja Católica a partir do ano 313, por decreto do Imperador Constantino, que garantiu o direito dos cristãos de exercerem sua fé, marcando também a transição do próprio Império em direção ao cristianismo.[272]

---

contemporânea. *In*: SOBRAL, Luciane; MORBINI, Francieli Korquievicz. (Org.). **As Interfaces dos Direitos Fundamentais II**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 183.

[269] DILTHEY, Wilhelm. O surgimento da Hermenêutica. **Numen**, Juiz de Fora, v. 1. n. 1, p. 317, 1999. Disponível em: https://bit.ly/42rSjrr. Acesso em: 24 jan. 2024.

[270] ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 65.

[271] ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jurgen Habermas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

[272] VEYNE, Paul. **Quando o nosso mundo se tornou cristão.** Tradução: Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 177.

Ao longo dos séculos, a Igreja Católica desenvolveu seu método de interpretar as Escrituras, influenciada tanto pela cultura grega quanto pela imersão na cultura romana. Esse processo envolveu a consolidação de crenças, verdades reveladas pela fé e, por fim, o conceito de verdade imposta pela fé. A resposta a essa indagação é precisamente o que se conhece por "dogma".

Quanto à etimologia e ao trato histórico do termo “dogma”, este tem sua origem na língua grega[273] (*Thetik-δόγμα*) e tem a conotação daquilo no que se acredita, no que se pensa que é verdade, uma opinião ou uma crença, nesse sentido, segundo Immanuel Kant, o termo foi utilizado por Platão em “A República”, “fragmento 538, c” e no livro sobre as leis.

Na passagem mencionada por Kant, Platão[274] ilustra seu raciocínio com uma metáfora, apresentando um exemplo envolvendo uma criança adotada por uma família rica e influente. Nesse contexto, são explorados os sentimentos de gratidão, justiça e honestidade que o relato evoca.

Platão[275] explica que o caso está relacionado à dialética, uma vez que, desde a infância, cada pessoa possui certas máximas e princípios sobre virtudes, justiça e honestidade. Essas máximas representam grandes diretrizes sobre como viver, sendo encaradas como se os próprios pais estivessem constantemente lembrando disso. Essa é a razão pela qual tais princípios são naturalmente honrados e obedecidos.

Trata-se de aceitar certos ensinamentos como verdades interiores, impostas pela própria natureza e em relação aos quais não há um questionamento mais rigoroso. São os "dogmas", verdades impostas pela fé, seja esta uma crença de ordem ética ou religiosa. O mecanismo referencial que está na base do dogma em relação à moral e à religião também está presente na dimensão jurídica.

A partir dessa ideia, Kant explica que dogmas são essas opiniões já preconcebidas, um conceito pronto. Não há nada de negativo ou equivocado nisso. Contudo, se a razão não questionar, não criticar, não submeter ao crivo do questionamento tais dogmas, a postura da pessoa passa a ser "dogmatismo". É este

---

[273] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 958-959.
[274] PLATÃO. **A República**. 15. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 355.
[275] PLATÃO. **A República**... p. 355.

dogmatismo que Kant traz para dentro da filosofia para, a partir dele, tecer uma vigorosa análise pela falta de crítica.[276]

O problema apontado por Kant reside na constatação de que é natural o uso dogmático da razão. No entanto, sem a devida crítica, o dogma se transforma em "dogmatismo", adquirindo uma conotação pejorativa e disforme. Esse dogmatismo representa uma afirmação sem fundamento que distorce o sentido da realidade, afastando-se da verdade e conduzindo ao relativismo moral.

O problema do relativismo é que este tudo pode validar e aceitar, ou deságua no fanatismo, nas crenças cegas, irracionais ou ainda em outros extremos tais como a descrença, o ceticismo, todas categorias inimigas da razão. Ocorre o dogmatismo da metafísica, a ausência de uma crítica da razão pura, o que origina descrenças contrarias a moralidade, o que seria um “dogmatismo”.

Kant[277] preocupa-se em legar às novas gerações um caminho seguro na ciência para evitar um "tatear sem fundamento" e permitir que a juventude "aproveite melhor o tempo de uma juventude estimulada a criticar, a raciocinar, a opinar".

Contudo, ele alerta para o risco de que essa juventude, apesar do estímulo, "não entenda, não raciocine e não tenha opinião real de nada, porque não sabe do que fala". Em muitos casos, a juventude "apenas inventa novos pensamentos e opiniões", ignorando o "aprendizado das ciências fundamentais" ou utilizando esse conhecimento para refutar "a moralidade e a religião".[278]

Kant afirma que a crítica não se opõe ao procedimento dogmático da razão em seu conhecimento puro como ciência, que é dogmática por natureza e

---

[276] Uma explicação simples do pensamento crítico pode ser derivada da análise etimológica do termo "crítica", que compartilha a mesma raiz da palavra "crisol", um recipiente utilizado para purificar substâncias a partir do calor. De maneira semelhante, o pensamento crítico envolve uma abordagem em que as ideias são submetidas a um processo de "aquecimento" para identificar falhas, contradições ou falsidades, visando se aproximar o máximo possível da verdade. Portanto, o pensamento crítico implica em examinar as ideias de forma rigorosa e questionadora.

[277] KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 37.

[278] Parece que Immanuel Kant, que viveu entre 1724 e 1804, antecipou os desafios contemporâneos relacionados aos atuais "influenciadores digitais" e "*youtubers*" que exercem influência sobre milhares, senão milhões de cidadãos, moldando suas crenças, opiniões e valores. Esses influenciadores, muitas vezes, carecem de profundidade em seus conhecimentos, conforme observado por Kant. O filósofo destacava um problema potencialmente insolúvel na democracia: a questão da "opinião pública". Ele apontava para o desafio de equilibrar a voz de especialistas e aqueles com conhecimentos refinados em meio à democratização das opiniões, onde a quantidade de seguidores muitas vezes supera a qualidade do conhecimento. Essa crítica ressoa até os dias de hoje, destacando a preocupação de Kant com a ideia de que, na democracia, todas as opiniões são consideradas iguais, desconsiderando a importância das opiniões qualificadas. Essa reflexão sobre a opinião pública também ecoa nas preocupações de Hans Kelsen em sua obra "A Democracia".

demonstra raciocínios a partir de princípios seguros, em princípio. No entanto, ela se opõe ao que ele chama de "dogmatismo". Ele define isso como "a pretensão de progredir apenas com base no conhecimento puro proveniente de conceitos construídos a partir de princípios amadurecidos e incorporados nos conceitos", sem realizar "uma investigação do modo e do direito pelos quais se teria chegado a esses conhecimentos".

O dogmatismo é definido por Kant como "o procedimento dogmático da razão pura sem uma crítica prévia de sua própria faculdade". Kant conclui que se todo o conjunto de doutrinas dogmáticas é a tese, a antítese não seriam simplesmente opiniões em contrário, mas, sim, o conflito dos conhecimentos aparentemente dogmáticos. Ele destaca que, na crítica, não importa apenas a opinião unilateral, mas é necessário levar em conta "os conhecimentos universais da razão".

Essas noções de Kant, apesar de sua complexidade conceitual, servem como base para concluir que o problema do direito não reside no dogmatismo em si. Uma vez que o direito precisa partir de certos pontos de vista previamente aceitos ou presumivelmente adotados por todos, é inerentemente uma ciência dogmática orientada por códigos, conceitos e princípios. O desafio está no manejo adequado desse "dogmatismo".

O problema reside na ausência de uma crítica consistente que leve em conta todo o sistema legal como "conhecimentos universais da razão", para utilizar a terminologia de Kant. Se aplicarmos a construção teórica de Kant ao campo jurídico, fica evidente que enquanto o dogma pode fornecer uma ordem à sociedade, o dogmatismo retira sua base racional ao distorcer a verdade. Isso ocorre pela falta de questionamento e crítica, resultando na aceitação indiscriminada de qualquer coisa apresentada em nome dessa mesma verdade.

Na tradição jurídica brasileira, tem imperado o dogmatismo, objeto das críticas encetadas nessa tese. Assim, uma proposição jurídica diretamente sintética (fruto do embate entre tese e antítese à luz da crítica kantiana é definida como “dogma” (*dogmata*) e uma proposição do mesmo tipo obtida por meio de conceitos construídos, elaborados, não apenas os conceitos simplesmente dados oriundos da maturação de princípios previamente estabelecidos, Kant denomina “matema” *(matemata*). Essa construção teórica de Kant só é válida para a área do conhecimento filosófico, não se aplicando a geometria ou a matemática. Somente os

juízos dados a partir dos conceitos e não da construção dos conceitos, se podem dizer “dogmáticos”.

A construção do conceito ocorre, por exemplo, através dos raciocínios da matemática, em que conceitos são desenvolvidos para chegar a novos conceitos. A geometria e as chamadas ciências "exatas" operam nessa base. Por outro lado, os dogmas, segundo Kant, são recebidos como "sentenças". Sua definição é precisa nesse sentido, delineando a distinção entre a formação de conceitos na matemática e o recebimento de dogmas.

Além da acepção indicada por Kant, o dogma tem um segundo sentido, conforme informa Abbagnano[279]. Dessa vez, o termo é tomado enquanto “decisão” ou “juízo”, um “decreto” ou uma “ordem” e foi neste sentido compreendido na antiguidade, como se extrai dos escritos de Cícero (Academica*,* IV, 9) e Sêneca (Epístolas Morais*,* 94) para se referir a “crenças fundamentais das escolas filosóficas” o que se estendeu ao longo da criação e consolidação da Igreja Católica para indicar as “decisões dos Concílios e das autoridades eclesiásticas sobre as matérias fundamentais da fé”.

Portanto, o termo "dogma" chega ao mundo jurídico a partir da ideia de verdades impostas pela fé, com o discurso religioso importado da filosofia grega permeando o pensamento dos jurisconsultos romanos. Essa noção se disseminou por todas as ramificações do direito no passado e, atualmente, constitui a base de todo o direito ocidental moderno.

Dessa forma, as "verdades da fé" são consideradas "dogmas". São princípios ou ensinamentos sobre os quais recai um grande peso de aceitabilidade, não sendo suscetíveis de questionamento ou demonstração. São pontos de partida inquestionáveis em determinado contexto, e é a partir desse entendimento que o termo migra para o mundo do Direito.

Estabelecido o rastro histórico do termo, sua origem e compreensão etimológica, é possível abordá-lo no âmbito do direito com uma compreensão mais ampla e consciente. Isso evita uma série de equívocos conceituais. Não se trata de escrever de maneira prolixa, mas sim da necessidade de conceituar minimamente[280] os termos, seguindo, aliás, o próprio conselho de Aristóteles.

---

[279] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 958-959.

[280] Obviamente, o esclarecimento total dos termos é uma tarefa de difícil, senão impossível, êxito, pois, como bem revelado na filosofia da linguagem, principalmente a partir dos estudos de Ludwig

Sampaio Ferraz[281] resume de maneira eloquente a importância central desta terminologia ao fundamentar, em sua tese doutoral sustentada na Alemanha, que a decidibilidade de conflitos é o problema central da ciência dogmática do Direito. Nesse sentido, o Direito, enquanto técnica, necessita de elementos que permitam pragmaticamente decidir sobre determinada situação, optando ou não pela aplicação de determinada regra jurídica. Aqui, não se faz nenhuma distinção conceitual da norma jurídica decomposta nas espécies de princípio e regra, apenas se busca explicar a ideia central.

Ferraz[282] assenta que um enunciado científico tem a propriedade de ser descritivo, pois está a descrever um fenômeno e quanto ao seu teor informativo. O enunciado busca transmitir um informe da forma mais preciso possível sobre o que se tem por realidade, mas um enunciado científico tem a preocupação com o estabelecimento do que é ou não verdade.

Para se chegar a uma conclusão precisa, é necessário aceitar que seus pressupostos sejam submetidos a um processo de verificação que permita a refutação ou confirmação do enunciado. Isso ocorre porque, ao descrever um fenômeno, é crucial determinar se a descrição é confiável, uma vez que a ciência também possui suas formas particulares de crenças.

Contudo, ao se aplicar esse esquema mental na “ciência do Direito”, surge um problema. Se na ciência, em geral, todo enunciado científico é sempre refutável, por ser uma proposição basicamente descritiva e significativamente denotativa (dá uma informação precisa), sujeito à verificação, o “fenômeno da positivação” tolheu a possibilidade de a ciência do direito trabalhar com esse tipo de enunciado.

Tal situação altera o *status* científico da Ciência do Direito, que deixa de se preocupar com o que materialmente “sempre foi direito” para “descrever” aquilo que “pode ser direito” ocupando-se com a “oportunidade” de certas decisões, visando-se o que “deve ser direito” já que há aqui uma relação não de causa, mas de “imputação” (relação de imputação).

Wittgenstein, um conceito exige outro conceito que, por sua vez, exigirá termos que expliquem os termos explicitados e assim por diante. Isso torna a linguagem algo extremamente improvável. Razão pela qual os gestos, os contextos, os horizontes de sentido e uma certa précompreensão são integrantes do conjunto linguístico. O silêncio também fala.

[281] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 88.

[282] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**... p. 88-89.

A preocupação não pode ser mais com o "problema da verdade". Não é propriamente uma questão de verdade ou não, mas sim de "decidibilidade". Existe uma natureza fechada, "criptonormativa", decorrendo daí "consequências programáticas" de decisões as quais precisam "prever" uma "problemática social" determinada e solucionar decisões "sem exceções perturbadoras".

Miguel Reale[283] assinala que o tema da Dogmática Jurídica se tornou um "dos mais problemáticos e polêmicos da Epistemologia Jurídica contemporânea". Como a Dogmática Jurídica trabalha a partir do "direito posto", implica reconhecer que o positivismo jurídico espelha uma perspectiva na qual não poderia haver outro direito senão aquele imposto pelo próprio ordenamento jurídico, restando à Ciência do Direito nada mais do que sistematizar esse material legal.

Luis Alberto Warat[284] sintetiza o método dogmático, destacando as três etapas de sua aplicação: a exegética, a dogmatização jurídica e a sistematização. Na primeira etapa (exegética), ocorre a conceitualização dos textos legais, que reproduz e explica o conteúdo do texto vigente. Entretanto, essa etapa não adentra na temática da legitimidade ou justificação do texto, pois considera que o direito vigente é unívoco. Isso resulta no fato de que a mera conceitualização faz com que a Dogmática desemboque em um formalismo.

Na segunda etapa, dá-se a “dogmatização jurídica”, com preposições, princípios, categorias estabelecidas a partir dos conceitos obtidos dos textos legais, ordenando-se os teoricamente o funcionamento do conjunto das normas positivas através dos institutos jurídicos em análise.

A terceira e última etapa consiste na "sistematização" do objeto de conhecimento (direito positivo) em forma de sistema unificado, estabelecendo pontos de universalidade e invariabilidade em todos os institutos do ordenamento jurídico. Tozo e Solon[285] enfatizam que Warat, Losano, Hernandez Gil, entre outros, apontam que o resultado dessa última etapa seria uma Teoria Geral do Direito.

Por todas essas complexidades epistemológicas, pelas inadequações das categorias jurídicas propriamente ditas aos formatos do método científico, a

---

[283] REALE, Miguel. **O Direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 123.

[284] WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 17-18.

[285] TOZO, Lucas Suárez de Oliveira; SOLON, Ari Marcelo. Dogmática jurídica: caracterização de um conhecimento jurídico historicamente construído. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, a. 14, n.19, p. 1-404, 2010.

dogmática jurídica tem sido apontada como problemática, seja pelo aspecto da operacionalidade prática, de sua pretensão de legitimidade, ou de sua epistemologia. Este último aspecto é enfatizado por Luis Alberto Warat,[286] que afirma que "a dogmática jurídica se apresenta como uma ciência sem epistemologia, com contornos incertos entre as opiniões rapsódicas e os raciocínios sistemáticos".

Vera Regina Pereira de Andrade,[287] ao conceber a dogmática jurídica como paradigma da ciência, entende que o aspecto dogmático do paradigma deve ser encarado pelo seu aspecto conceito "histórico".

Isso porque ela percebe que o objeto do direito positivo sempre será a norma vigente em um limite de tempo e espaço, em que será trabalhada de forma metódica, interpretando o "material normativo" segundo métodos lógico-formais. O objetivo é manter uma coerência interna, visando à sua finalidade de utilidade na vida, o que se dá através da instrumentalização na aplicação do Direito.

Ter a dogmática como um instrumento para o estudo de problemas jurídicos também é o entendimento de Eros Roberto Grau,[288] pois esses problemas precisam ser resolvidos a partir de algum tipo de critério a ser adotado para a solução dos litígios.

Segundo Hespanha,[289] tratando do direito positivo, havia o entendimento de que este era "o direito plasmado na vida, nas instituições ou no espírito do povo" (positivismo culturalista), ou nas "regras das novas ciências da sociedade" (positivismo sociológico), ou ainda nos "conceitos jurídicos" (positivismo conceitual), sendo várias as correntes positivistas. Portanto, o dogmatismo também assume variadas facetas.

Hugo de Brito Machado Segundo[290] segue por outro caminho, mais acentuado, negando a própria natureza de cientificidade à dogmática jurídica. Ele entende que esta é mais uma "concepção estritamente positivista do direito", ilustrando sua crítica fazendo menção a uma comparação entre a dogmática jurídica

---

[286] WARAT, L. A. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 450.

[287] ANDRADE, V. R. P. de. **Dogmática jurídica**: escorço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23.

[288] GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38.

[289] HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012, p. 399.

[290] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Por que dogmática jurídica? **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, n. 27, p. 59-86, jul./dez. 2008. Disponível em: https://bit.ly/3UbzDtC. Acesso em: 24 jan. 2024, p. 73.

e a dogmática teológica. Ele enfatiza que, atualmente, "no plano epistemológico, conhecimento científico e conhecimento dogmático são conceitos que se repelem".

Machado[291] assinala ainda que "teria sido a pressa na rotulação do conhecimento do direito como científico, que mais o distanciou de vez de tal identificação, impossibilitando justamente 'o não-dogmatismo, a crítica e a evolução'", pelo que a terminologia de cientificidade precisaria ser "eliminada do vocabulário jurídico". Em suma, o direito não seria considerado ciência, ao menos não da maneira tradicionalmente encarada em outros campos do saber.

Por todas essas razões, a positividade como pressuposto da dogmática jurídica induz a uma grande imprecisão, acarretando desdobramentos no que diz respeito ao seu método de estudo nas instituições de ensino universitário, no seu trato pelos operadores do Direito e, por fim, na forma como é tratada pelos tribunais em geral, inclusive na jurisprudência das Cortes Constitucionais.

No Brasil, Lênio Streck,[292] por exemplo, tem sido um crítico enfático do modo como a dogmática tem sido ensinada, tratada e aplicada nos mais diversos níveis na realidade jurídica brasileira.

A proposta crítica de Streck é muito bem definida no prefácio da lavra de Ernildo Stein ao assinalar que a obra combina as questões concretas do direito, sua aplicação no conflituoso terreno entre o social e o jurídico, em consonância com uma análise crítica das teorias jurídicas principais reproduzidas ao longo do tempo. O objetivo é buscar "encontrar soluções combinadas entre o social, o político e o jurídico", harmonizadas em um "Estado Democrático".

Portanto, ao se referir à dogmática do Processo Constitucional, não está ausente toda a problemática epistemológica trazida pela doutrina pátria, que de fato se exterioriza nas interpretações jurídicas mais incompreensíveis e injustas em todos os níveis dos Poderes do Estado. Como ilustração concreta desse quadro teórico relativamente complexo, não há exemplo melhor do que o relato de um caso julgado.

O caso do *Habeas Corpus* 225.706, oriundo de Minas Gerais e impetrado pela Defensoria Pública daquele Estado, com Relatoria do Ministro André Mendonça do Supremo Tribunal Federal,[293] serve como amostra.

---

[291] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?**... p. 73.

[292] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração da hermenêutica da construção do direito. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2021.

[293] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ***Habeas Corpus* nº HC 225706/MG**. Rel. Min. André Mendonça, Segunda Turma, j. 09/05/2023. Disponível em: https://bit.ly/498QGRA. Acesso em: 10

Neste caso, negou-se a aplicação do princípio da insignificância no crime de bagatela, que envolvia o furto de 4 pacotes de fraldas, avaliados em R$ 120,00, subtraídos das Lojas Americanas e posteriormente restituídos por uma mãe solteira de três crianças. A decisão fundamentou-se na alegação de que "a reincidência e o valor do bem seriam fatores impeditivos do reconhecimento do crime de bagatela".

Na decisão mencionada, em linhas gerais, pode-se observar o dogmatismo em ação. Outro exemplo são as centenas, senão milhares de decisões proferidas de norte a sul no Brasil que resolvem conflitos sociais empregando a força policial como solução legal sem antes considerar que populações vulneráveis que ocuparam áreas urbanas e rurais[294] só o fizeram após todas as outras instâncias estruturais dos Poderes do Estado haverem falhado de forma reiterada, global e sistemática.

Disso tudo resultou a violação dos direitos básicos aos grupos sociais, reservando-lhes somente a dura letra da lei e o emprego violento das forças policiais, aqueles que não tiveram a seu favor a implementação de políticas de inclusão social, educação, moradia, alimentação, emprego, capacitação, dignidade.

Essa tese encontra na análise e exposição de casos como este a inspiração para suas ideias centrais. Nessas incongruências interpretativas reside um dos motivos que justificam a indagação comum na polêmica sobre a natureza do Direito enquanto uma "ciência".

Na ciência, chega-se à verdade através das refutações, mas a imputação, a positividade do direito, o fato de o intérprete ficar subordinado ao direito posto, confere ao direito muito mais uma natureza "teológica" do que "científica".

Neste sentido, não é para menos que toda a liturgia tão propalada nos Tribunais – as vestes talares, o linguajar escorreito, os jargões técnicos, a reivindicação de autoridade e até de intocabilidade dos julgados das Cortes, o português castiço e até os trejeitos pomposos – originam-se nas práticas das castas sacerdotais. As palavras são tratadas com tal sacralidade que, se forem pronunciadas da forma correta, têm como que efeitos "sacramentais".

Só que essa linguagem sacramental com ares sobre-humanos e sua propalada “liturgia”, que exige linguajar escorreito e técnica impoluta, não tem a

---

maio 2023.

[294] ZUMPANO, Andressa. **Maior ação de reintegração de posse em Rondônia repete os rastros do Massacre de Corumbiara**. Disponível em: https://bit.ly/42jqkdd. Acesso em: 10 maio 2023.

mesma força para amparar os desterrados, os desvalidos, os miseráveis nas mais distintas situações e dramas existenciais. É o dogmatismo encarnado e atuante.

Todas essas ideias estão cuidadosamente delineadas na perspicaz análise conceitual do termo "dogmática" realizada por Luis Alberto Warat,[295] um dos pioneiros no campo do direito e do constitucionalismo emancipatório. Este autor argumenta que, ao se referir à ciência do direito, frequentemente se menciona a "dogmática jurídica", conceituada nos termos de Bielsa[296] como a "disciplina científica que tem por objeto o ordenamento sistemático dos conceitos jurídicos".

Essa forma específica de ciência se desenvolveria de acordo com os "preceitos científicos e técnicos", considerando o dogmático do direito como algo semelhante a um "geômetra", por não fazer referência a objetivos políticos, econômicos ou sociais, nem ser influenciado por tais fatores. Cabe ao jurista manter "o rigor lógico na racionalização, a unidade das concepções" e, ainda mais, "a elegância da construção jurídica diferencia necessariamente os juristas e o nível de seu espírito científico".[297]

Warat[298] explica que a dogmática parte do pressuposto da descrição de uma ordem legal, sem fazer qualquer referência a aspectos de natureza sociológica, antropológica, política ou econômica. Ela é teórico-objetiva e rigorosa, isenta de indagações ideológicas ou políticas, sendo uma ciência lógico-formal dedicada exclusivamente ao estudo das normas legais.

Warat[299] afirma que, por essas razões epistêmicas, ocorre a elaboração de um sistema conceitual, principiológico, aforístico e institucional, que se completa e se fecha, consistindo todo esse processo em um método técnico-jurídico ou lógico abstrato, sendo o único método possível para se estudar a Ciência Jurídica.

Em outras palavras, essa concepção formal da dogmática como ciência do direito é exatamente oposta ao conceito, método e inspiração que orientam a lógica do pluralismo jurídico e da hermenêutica constitucional, sendo adepta ao Estado Democrático de Direito fundamentado nos princípios de uma Democracia emancipatória.[300]

---

[295] WARAT, L. A. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 15-16.
[296] WARAT, L. A. **Epistemologia e ensino do direito**... p. 15-16.
[297] WARAT, L. A. **Epistemologia e ensino do direito**... p. 16-17.
[298] WARAT, L. A. **Epistemologia e ensino do direito**... p. 16-17.
[299] WARAT, L. A. **Epistemologia e ensino do direito**... p. 16-17.
[300] CLÉVE, Merlin Clèmerson. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte:

Merlin Clève, ao comparar os movimentos antigos promovidos pelos entusiastas do Direito Alternativo com os juristas críticos, afirma que estes últimos eram vistos como estranhos à Academia, excluídos do profissionalismo por não advogarem, frequentarem o foro ou atuarem como operadores jurídicos. Sua crença estava unicamente na força da política e na capacidade de promover mudanças no Direito por meio da política.[301]

Clève explica que atualmente existe um consenso entre filósofos, cientistas políticos e sociólogos de que o operador jurídico desempenha uma função relevante no contexto social, econômico e político. Agora, cabe a tarefa de "recuperar a dogmática jurídica", sendo crucial não confundir "dogmática" com "dogmatismo".

O dogmatismo refere-se ao apego irrefletido e preconceituoso a dogmas, resultando em um "positivismo legalista ou jurisprudencial". A dogmática, por outro lado, difere do dogmatismo ao se constituir como um "saber jurídico instrumental e auxiliar na solução de conflitos individuais, coletivos ou de interesses". O direito deve viver "sem dogmatismos ou positivismos".

Clève[302] acrescenta ainda que é incontestável que não pode haver direito sem doutrina. No entanto, cabe ao jurista intervir no mundo jurídico por meio da ferramenta adequada, que é a dogmática, a fim de apresentar novas soluções, fórmulas e interpretações, além de construções conceituais.

Este é o grande desafio contemporâneo: invadir espaços conservadores e reconstruir a dogmática, partindo não de um "positivismo" como forma de "apreensão do direito positivo", mas sim do "direito positivo", que sustenta o fenômeno em um processo constante de evolução.

Destaca-se a importância da luta pela própria normatividade na mediação dos conflitos, sendo imperativo retomar a dogmática jurídica considerando o direito positivo como "um fenômeno datado, processual e relacional" em constante evolução.

Nesse sentido, é necessária uma abordagem interdisciplinar que leve em conta "os avanços da sociologia jurídica, da filosofia jurídica e da teoria da linguagem, assim como da ciência e filosofia políticas", utilizando adequadamente a

---

Fórum, 2012, p. 35-36.

[301] Ignorava-se a essencialidade do acoplamento estrutural entre Política e Direito propugnada por Menelick de Carvalho Netto a partir dos estudos de Maurício Fioravanti e Niklas Luhmann.

[302] CLÉVE, Merlin Clèmerson. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**... p. 35-36.

Constituição para transitar pela Teoria Constitucional, compreender a Constituição e, de maneira específica, compreender o Direito Constitucional.[303]

Considerando o papel do dogma na construção do direito como uma categoria elementar em sua criação e constituição, analisando o fenômeno do dogmatismo como uma distorção funcional da construção dogmática e compreendendo esses conceitos elementares e essenciais, a luta pela normatividade torna-se crucial. É necessário, de certa forma, resgatar o direito extraviado, "perdido na rua", e direcioná-lo para a construção sólida do Estado Democrático de Direito.

Com esses pressupostos estabelecidos, a discussão pode agora se encaminhar para a análise do Instituto do Processo Constitucional, onde a normatividade do processo se acopla à legitimidade extraída dos textos constitucionais, sendo o próximo tópico a ser tratado.

Camila Mattos Paolinelli,[304] ao introduzir a noção do que é o Processo Constitucional, sistematiza de forma didática os primeiros elementos constitutivos desse processo. Ela aponta para certos ângulos trabalhados nas abordagens clássicas do tema, ao afirmar que o Processo Constitucional "é um recorte sistemático-metodológico de viés científico cujo objeto é examinar relações diretas e indiretas das normas processuais com a Constituição Federal".

Essa definição é bastante apropriada para introduzir a temática do Processo Constitucional, e a sequência de temas abordados pela autora mineira é seguida para facilitar a exposição do assunto.

Como o primeiro termo do binômio Processo Constitucional é o "Processo", delinear essa categoria jurídica é de fundamental importância no contexto de um cotejamento analítico das categorias essenciais à plena compreensão da instituição jurídica do Processo Constitucional.

Há duas grandes formas de abordar o tema do Processo: analisá-lo enquanto "relação jurídica" ou compreendê-lo enquanto "situação jurídica". Esta última está intrinsecamente ligada a uma visão democrática do Processo.

---

[303] CLÉVE, Merlin Clèmerson. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**... p. 36.

[304] PAOLINELLI, Camila Mattos. O que é processo constitucional? **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, n. 13, jan.-jul. 2016. Disponível em: https://bit.ly/48KgCTr. Acesso: 15 maio 2023.

As teorias que concebem o Processo como uma "relação jurídica" (escola instrumental, que será mais detalhada posteriormente) têm sido alvo de críticas contundentes daqueles que entendem o Processo como uma "situação de fato".

Essa última abordagem contrasta essas formas jurídicas com a ideia de Estado de Direito, Democracia e decisões constitucionalmente adequadas ao Estado Democrático de Direito.

A crítica à escola "relacionista",[305] se assim podemos denominar, parte de um argumento hegeliano que envolve o reconhecimento de si mesmo a partir do reconhecimento das diferenças do outro. Nessa perspectiva teórica, admite-se que o processo pode ser uma instância de dominação, uma vez que haveria inevitavelmente a submissão de um ser livre e igual a outro ser livre e igual.

Indaga-se sobre a própria origem de um poder que, no plano jurídico, passa a exigir que o outro se sujeite ao voluntarismo da parte preponderante na relação jurídica. No entanto, não explica por que exclui o outro desse cenário, pois isso implicaria na própria contradição ao tentar prevalecer diante da máxima de que todos são igualmente livres e iguais em dignidade.

Aroldo Plínio Gonçalves[306] afirma que ao contradizer um direito sobre a conduta do outro, a doutrina se dividiu entre a negação de todo direito decorrente da norma e a busca de novas bases para falar em direito decorrente da norma. Isso evidencia a busca por um novo quadro para superar a antiga conceituação de relação jurídica.

Gustav Radbruch[307] lembra da personagem Margarida no Fausto de Goethe ao examinar os fundamentos da pena de morte, indagando: "Carrasco, quem te deu, nas trevas, sobre mim tal poder?" Aroldo Plínio Gonçalves[308] reconhece que

---

[305] Entende-se por postura relacionista a compreensão segundo a qual a natureza do Processo é centrada na ideia de relação processual, visão adotada pela chamada escola instrumentalista liderada por Cândido Rangel Dinamarco e secundada pelas gerações mais jovens, tendo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero como alguns dos representantes mais eloquentes desta fase do instrumentalismo. Esta postura instrumental e relacional se antepõe à escola institucionalista que compreende ser a natureza do Processo não de base relacional ou instrumental, mas sim Institucional por se entender ser esta uma visão constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito. Propõe uma natureza baseada na "situação jurídica" em que as partes se apresentam em idêntico grau de igualdade, como sustentado por Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Pereira Leal, por inspiração de Hélio Fazzalari, apenas para citar alguns, a fim de orientar melhor o leitor sobre as particularidades conceituais dos termos.

[306] *GONÇALVES*, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 91.

[307] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. v. II. Coimbra: Arménio Amado, 1961, p. 99-108.

[308] *GONÇALVES,* Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 91.

somente pode provir do Estado um ato imperativo legítimo a incidir sobre a universalidade de direitos de uma pessoa, e isso deve ocorrer em conformidade com um procedimento regulado pelo Direito. Isso abrange o exercício do poder nas funções do Estado, tanto na esfera legislativa e administrativa quanto na jurisdicional judicial.

Partindo desse ponto de vista, Plínio[309] analisa que o conceito de Processo só pode ser compreendido à luz dos postulados do Estado Democrático de Direito. A escola instrumentalista, que adota o conceito de Processo como "relação jurídica", identifica nele uma natureza teleológica, uma busca pela realização de objetivos metajurídicos e finalidades valorativas, os chamados "escopos metajurídicos".

É exatamente essa abertura semântica a partir das finalidades que ultrapassam a juridicidade ou os valores "supremos". Chegar a essas finalidades dependerá dos humores da habilidade mítica e mística do aplicador da lei, do Magistrado, e de seu senso de justiça. Por isso, esse processo terá uma ideologização, um ritualismo e uma nebulosa mística processual, levando Fazzalari, de forma pioneira conforme assentado por Rosemiro Pereira Leal,[310] a repensar o Processo.

Hélio Fazzalari,[311] autor italiano, sustenta que o Processo só pode ser verdadeiramente democrático. Ele alinha-se com o conceito de "Processo como sendo espécie de Procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional".

Para Fazzalari, o elemento do contraditório, extraído do constitucionalismo, democraticamente repele qualquer relação de dominação e subserviência. Daí, o afastamento categórico de qualquer conotação "relacional" no âmbito do Processo democrático.

Rosemiro Pereira Leal[312] destaca que o Processo difere do procedimento, o qual não possui a "qualidade constitucional principiológica do contraditório". O contraditório é uma garantia constitucional e não pode ser um simulacro. Isso implica, efetivamente, o direito à advocacia, a produção de provas e o duplo grau de

---

309 *GONÇALVES,* Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**... p. 91.
310 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 111.
311 FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 5. ed. Padova: Cedam, 1989, p. 80-98.
312 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**... p. 100.

jurisdição, sendo julgado por um colegiado e não por um único juiz solipsista em primeira instância. Todas essas são garantias estruturantes do próprio Processo.

Para ilustrar essa construção teórica, podemos observar o caso dos poderes dos Relatores nos Tribunais. Em muitas ocasiões, um Relator, com poderes advindos dos Regimentos Internos dos Tribunais, ostenta poderes maiores e mais decisivos do que todo o Tribunal em plena composição.

Essas contradições deveriam levar a doutrina a buscar soluções mais efetivas, sem, no entanto, descuidar do aspecto garantista do Processo. Não é adequado antepor a efetividade às garantias, nem desprezar o princípio da colegialidade como um grande elemento coadjutor da impessoalidade e da moralidade expressos nos julgamentos públicos, transparentes e republicanos.

Compreende-se melhor o conceito de Processo Constitucional e sua natureza a partir da ideia de "situação jurídica" de quem, ao se colocar em determinadas situações na vida social, financeira, familiar, terá de suportar os ônus. Esse suporte ocorre sob a estruturação de um Processo, não sob os auspícios de seres ungidos para atuarem em um sistema de virtual justiça – não no sentido tecnológico, mas no sentido de virtualidade, projeção e imaginário. No entanto, também há sérias implicações relacionadas à virtualização digital da justiça, questões que até agora o direito parece não ter resolvido completamente.

Os constantes fluxos e refluxos das ondas de reformas processuais, que muitas vezes buscam a efetividade a qualquer preço, suscitam profundas reflexões no que tange à sua legalidade. Isso inclui um processo sem a possibilidade de apreciação de provas supostamente mais sofisticadas, sem testemunhas, sem advogado, com custos elevados para recorrer.

Essas perspectivas agora se conectam com o universo do "Processo virtual", que já se estabeleceu como uma realidade inegável em todas as instâncias da justiça. Esse quadro se torna ainda mais complexo quando acrescido das questões da Inteligência Artificial.

O recorte metodológico aqui é voltado para a temática da jurisdição e da Constituição, abordando as técnicas de interpretação, os problemas concretos decorrentes delas e as teorias que fundamentam as práticas de justiça. Isso influencia a estrutura do Estado como uma exteriorização de uma parcela específica do poder, no caso do Poder Judiciário, em sua atividade rotineira de decidir questões de justiça e de justiça constitucional.

Após estabelecer noções básicas sobre positivismo e dogmática jurídica, cobriu-se o essencial na doutrina em torno dessas categorias conceituais. Isso permite estabelecer certos pressupostos para analisar a dogmática do Processo Constitucional. É necessário recuperar a normatividade. Merlin Cléve[313] destaca a importância da recuperação da normatividade e da dogmática como instâncias transformadoras da realidade social, juntamente com a concepção da Constituição como fruto de uma aquisição evolutiva que se deu a partir do acoplamento estrutural entre a Política e o Direito.[314]

No plano da positivação no Brasil, é sabido que o legislador constituinte instituiu cláusulas pétreas, conforme previsto no art. 60, § 4º, incisos I a IV. Isso implica limitações de ordem formal e material, processual e substantiva, em face das quais é vedada a sua violação, pois ignorar tais limites seria desconsiderar a própria densidade político-jurídica que as originou. Aqui, estão presentes as evidências concretas da noção de Processo Constitucional.

A essencialidade do Processo Constitucional destaca-se na compreensão do inciso IV do art. 60 da Constituição Federal de 1988, que proíbe a deliberação de propostas de emenda destinadas a abolir direitos e garantias individuais. A Emenda, enquanto norma constitucional, não pode ser proposta com o intuito de deliberar sobre aquilo que a própria norma constitucional proíbe.

A rigidez dessa norma leva alguns a classificá-la, dentro da categorização clássica dos textos constitucionais quanto à sua forma, como super-rígida, ao lado de outras formas, como flexíveis, semirrígidas ou semiflexíveis.

Após a promulgação da Constituição de 1988, observou-se uma interpretação inicialmente mais restritiva quanto ao alcance das normas dotadas de intangibilidade. Essa interpretação limitava-se aos direitos e garantias individuais, concentrando-se principalmente no rol do artigo 5º. Entretanto, essa abordagem mais superficial excluía os arts. 6º a 12 da Constituição Federal.[315] Vale destacar

---

[313] CLÉVE, Merlin Clèmerson. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35-36.

[314] Essa significativa perspectiva da Constituição, formulada por Menelick de Carvalho Netto com base nos estudos de Maurício Fioravanti e Niklas Luhmann, enxerga na política a responsabilidade de legitimar o direito, enquanto o direito, por sua vez, tem a função de conferir coercitividade à política. Isso resulta numa concepção da Constituição como um produto contínuo de evolução, originado desse acoplamento estrutural e sistêmico, tópicos que serão abordados posteriormente.

[315] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3vKUnOW. Acesso em: 15 jun. 2023.

que, mesmo do ponto de vista literal, muitos intérpretes não consideravam o elenco dos direitos como exaustivo.

No entanto, em uma interpretação mais ampla e aprofundada, é possível compreender que as normas que impedem a afetação dos direitos preservados, tanto material quanto formalmente, referem-se não apenas aos direitos elencados no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais (II), em seus cinco capítulos, mas também ao Título I, que aborda os Princípios Fundamentais.

No entanto, o Constituinte escolheu, dentre os Princípios Fundamentais, a "dignidade da pessoa humana" e os "valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (art. 1º, III e IV).[316] Assim, a proteção ao trabalho e à dignidade da pessoa humana se concretiza efetivamente por meio do trabalho e do acesso a ele, com ênfase na relação de emprego especialmente resguardada, como delineado no art. 7º, I, da Constituição Federal, inserido no Capítulo II dos Direitos Sociais.[317] Qualquer violação do Processo Constitucional configura uma afronta à própria Constituição e, por conseguinte, compromete o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, em princípio, poder-se-ia dispor sobre alguns direitos expressamente previstos na Constituição no que tange à noção de Processo Constitucional, especialmente os Princípios Fundamentais. O art. 1º estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, fundamentado em: I – soberania; II – cidadania; III – dignidade da pessoa humana; IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – pluralismo político.

O parágrafo único destaca que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, conforme os termos desta Constituição.[318]

No Título II, são apresentados os Direitos e Garantias Fundamentais,[319] compreendidos no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. O Art. 5º estipula que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O texto continua especificando outros direitos, como exemplificado no inciso

---

316 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...
317 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...
318 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...
319 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...

LXVII – proibição de prisão civil por dívida, exceto nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, e do depositário infiel.[320] Em relação às liberdades de locomoção, o inciso LXVIII estabelece que o *Habeas Corpus* será concedido sempre que alguém sofrer ou estiver ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder..[321]

No que diz respeito à proteção de direitos líquidos e certos,[322] o inciso LXIX estabelece que será concedido mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, quando a ilegalidade ou abuso de poder for cometido por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Quanto ao mandado de segurança coletivo, o inciso LXX prevê que pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.[323]

Em relação às garantias não regulamentadas, o inciso LXXI estabelece que será concedido mandado de injunção sempre que a ausência de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, assim como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.[324]

No que diz respeito à garantia do acesso a dados, o inciso LXXII determina que será concedido *Habeas Data* para: a) assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) possibilitar a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por meio de processo sigiloso, judicial ou administrativo.[325]

Em relação à proteção do erário público, o inciso LXXIII estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade em que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural. O

---

[320] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...
[321] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...
[322] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...
[323] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...
[324] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...
[325] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...

autor da ação, salvo comprovada má-fé, fica isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.[326]

No que se refere ao acesso à justiça, o inciso LXXIV estabelece que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Quanto aos erros judiciários e sua ressarcibilidade, o inciso LXXV determina que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, bem como aquele que permanecer preso além do tempo fixado na sentença.

Quanto ao acesso a serviços públicos relevantes, determina o inciso LXXVI que são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito, prevendo-se ainda o inciso LXXVII que são gratuitas as ações de *Habeas Corpus* e *Habeas Data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania, prevendo-se ainda no § 1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Por fim, o texto constitucional incorporou uma cláusula de tessitura aberta ao dispor no § 2º que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros que derivem do regime e dos princípios por ela adotados, bem como daqueles provenientes de tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte.

Tal é a complexa construção dogmática dos Direitos Fundamentais disposta na Constituição. Como se vê, além das ações constitucionais típicas, têm-se ainda as garantias do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, e os princípios que emanam do próprio Estado Democrático de Direito, tudo positivado no texto constitucional, mas não é só o que está concentrado geograficamente que integra a constituição na qualidade de direitos fundamentais.

Como mencionado em outro estudo,[327] a estruturação formal do texto constitucional na disposição dos direitos fundamentais não exclui normas de igual natureza, pelo fato destas estarem espargidas ao longo do texto constitucional. Pois, são direitos fundamentais, e, portanto, mesmo que não localizadas no "lugar" apontado como o que seria seu local, outros devem ser elencados, não importando a sua localização geográfica literalmente falando.

Exemplos do que foi afirmado acima não faltam. O art. 5º faz menção a

---

[326] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...

[327] LARA, Paulo Cesar de. A técnica legislativa aplicada à localização dos direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Boletim Informativo Juruá**, v. 589, p. 12-12, 2014.

direitos individuais e coletivos, mas há normas sobre saúde, educação, previdência social, proteção de crianças e idosos, meio ambiente, direitos sociais e políticos em diversos pontos da Constituição.

Destaque-se também que o § 2º e § 3º do art. 5º hermeneuticamente acolhem regras que ainda nem estão no sistema constitucional, mas que podem integrá-lo via Tratados. Isso denota a expansividade dos direitos fundamentais em relação aos quais se deve ter um tratamento amplificado, crescente e includente, como é inclusive a principal característica da própria Democracia, uma história crescente de inclusões de direitos.[328]

Essa breve exposição dogmática pontual possibilita enxergar diversos pontos de conexão entre a temática processual e o contexto constitucional, revelando uma estrutura técnico-constitucional de proteção sistematizada dos direitos. Além disso, abrange toda a temática do controle de constitucionalidade, suas dimensões, tipos e estruturação, inclusive aquelas reguladas por legislação infraconstitucional.

Estes temas são explorados em detalhes ao longo desta tese. Vale ressaltar, desde já, que o estudo do Processo Constitucional não se limita ao exame das Ações Constitucionais, conforme apontado pela doutrina. Observe-se também que a compreensão de uma Constituição emancipatória exige uma ressignificação da dogmática ou, antes mesmo disso, uma clarificação conceitual. É necessário primeiro atribuir significados para, posteriormente, realizar a ressignificação.

Após estabelecer as bases teóricas essenciais no âmbito do Processo, torna-se necessário abordar alguns pontos estratégicos relacionados à ideia de Constituição e sua conexão com a temática da processualidade. Esta última, complexa e permeada por diversas questões, como evidenciado nas situações mencionadas anteriormente, não descreve cenários ideais e precisos, mas sim revela pequenos fragmentos da realidade vivenciada em diferentes níveis na atividade forense do sistema de justiça no Brasil.

A discussão sobre Processo Constitucional implica no pressuposto conceitual da compreensão dos vieses da dogmática constitucional. Esse entendimento, aliás, se desdobra em um plano jurídico-político, demandando uma metodologia e uma hermenêutica próprias, distintas daquelas utilizadas na

---

[328] LARA, Paulo Cesar de. **A técnica legislativa aplicada à localização dos direitos**... p. 12-12.

hermenêutica clássica.

Encerrado este tópico que abordou as temáticas do dogma e do dogmatismo, as escolas processuais e seus respectivos conceitos sobre o Processo e demais aspectos dos fundamentos teóricos do Processo Constitucional, torna-se viável analisar o próximo ponto referente às relações entre Processo e a Teoria da Constituição, bem como o Processo Constitucional enquanto garantia democrática.

2.2 RELAÇÕES ENTRE PROCESSO E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cabe à Teoria da Constituição conceituá-la. Para a presente reflexão, importa reconhecer sua dimensão jurídica e política, a partir das quais se pode elaborar diversas definições. Dependendo dos fatores preponderantes, pode-se afirmar que um determinado texto constitucional possui uma feição liberal, social, democrática, social democrática, ou ainda se trata de uma Constituição latino-americana voltada para realidades mais sensíveis à temática socioambiental, como ocorre no constitucionalismo andino.

No âmbito do Processo Constitucional, é relevante considerar uma noção, menos pretensiosa que o conceito, este sim sempre mais rígido e, por isso mesmo, menos propenso a possibilidades de ressemantização.

Tome-se aqui a noção de Constituição como sendo a norma fundante do ordenamento jurídico no plano do direito positivo. Essa norma enumera tanto os direitos fundamentais como os caminhos procedimentais e processuais para assegurá-los essencialmente. Além disso, constitui o pacto político fundante da sociedade moderna, organizando o Estado Democrático de Direito à luz dos paradigmas pluralistas e socioambientais do bem viver.

Esta seria uma definição que incorpora duplamente o paradigma do pluralismo. Isso ocorre tanto no tocante à possibilidade de conceber uma Constituição democrática como intrinsecamente inclusiva, quanto pela explicitação de outros paradigmas, como é o caso do pluralista e do socioambiental, sendo este último considerado como uma subespécie do pluralismo. Esses paradigmas são encontrados em alguns textos constitucionais latino-americanos.

Os princípios processuais estabelecidos no texto constitucional de 1988 pressupõem que o Processo e a Jurisdição encontrem seu fundamento de validade nesta mesma Constituição. As garantias constitucionais processuais são essenciais para a pretensão de efetivação dos direitos fundamentais. Tudo isso ocorre como resultado da adoção e concepção do paradigma do Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto democrático a existência de um sistema dotado de garantias, efetividade e validade.

O instituto do Processo Constitucional, ao entrelaçar duas dimensões, Constituição e Processo, não o faz como um mero ponto de intercessão sem maiores consequências, como bem salientado por Camilla Mattos Paolinelli.[329] Também não se trata apenas do fruto da enumeração de alguns dispositivos de cunho infraconstitucional de natureza meramente instrumental, visando atingir escopos metajurídicos ou desideratos constitucionais ao alvedrio dos dirigentes dos respectivos poderes públicos. Isso, por si só, seria apenas o início e o fim da dimensão processual constitucional.

A interface entre Processo e Constituição densifica a instituição única denominada doutrinariamente como "Processo Constitucional". É nessa instância que se encontra a salvaguarda garantista da justiça, não nas mãos de uma jurisdição redentora ávida por celeridade e eficácia, mesmo às custas do sacrifício dessas mesmas garantias.

Aqui, surge uma imagem do mundo da ficção que talvez possua um maior poder de elucidação do que raciocínios e argumentos. Anos atrás, dois filmes invadiram os sites de fãs no mundo todo.[330] De um lado, estreou "Capitão América: Guerra Civil"; do outro, "Batman × Superman: A Origem da Justiça".

As tramas que se desenrolavam lançavam luz sobre uma questão muito complexa que, na verdade, teve origem na antiga Grécia e foi mais bem teorizada por ser algo que falou e fala de perto a todas as experiências sociais. Ou seja, coloca em debate os limites do poder e de quem o exerce, as possíveis formas de controle e como se daria o controle do controle.

---

[329] PAOLINELLI, Camila Mattos. O que é processo constitucional? **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, n. 13, jan.-jul. 2016. Disponível em: https://bit.ly/48KgCTr. Acesso: 15 maio 2023.

[330] ROSENBERG, Alyssa. O que Capitão América: Guerra Civil e Batman *vs* Superman têm em comum? **Gazeta do Povo**, 7 maio 2016. Disponível em: https://bit.ly/3SjWaCe. Acesso em: 15 maio 2023.

No filme "Capitão América: Guerra Civil", ocorreu uma batalha que culminou em muitas mortes de cidadãos inocentes como efeito colateral, buscando impedir a invasão de alienígenas ao Planeta Terra. Isso levou a um questionamento ético sobre as consequências das atitudes dos super-heróis e heroínas.[331]

No decorrer do filme, a comunidade internacional resolveu impor regras a serem seguidas por meio de um Tratado Internacional, ao qual todos os envolvidos deveriam se submeter, subordinando as atividades do grupo à prévia autorização das Nações Unidas. Essa situação inusitada dividiu os Vingadores, protagonistas da história.

Duas posturas foram assumidas: de um lado, a concordância, liderada pelo Homem de Ferro; de outro, a discordância por parte do Capitão América, que via na limitação um fator de risco para a humanidade e rebelou-se contra a autoridade mundial representada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Essa polarização recheou o roteiro com as mais inusitadas posições, incluindo a neutralidade e o isolacionismo daqueles que desacreditavam tanto de uma postura quanto de outra. Alguns buscaram fazer o que podiam por si mesmos, como deixou entrever até certo ponto o personagem do Pantera Negra.

No universo de "Superman e Batman", essa reflexão passa a indagar qual seria o futuro da humanidade convivendo com seres tão poderosos como os kryptonianos, ao testemunhar uma batalha entre Superman e seu conterrâneo de Krypton. Nesse contexto, a personagem se convence de que nenhum homem deveria ser concedido tal poder, ressurgindo a mitologia dos antigos postulados de que punir os homens que anseiem ser como deuses.

Devido às conspirações tramadas por forças ocultas, representadas na figura de Lex Luthor, Superman, para não agravar a situação, se submete à Justiça do Senado Norte Americano para ser julgado. Entretanto, ocorre um atentado terrorista e a mítica Casa de Leis da América é reduzida a fumaça literalmente.

Saindo do mundo ficcional, indaga-se sobre quais seriam os limites para se conter o terrorismo enfrentado muito concretamente pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso dos abusos na base de Guantánamo, ou qual o papel das Organizações supranacionais diante de uma guerra, como no caso da Ucrânia e da

[331] ROSENBERG, Alyssa. **O que Capitão América**...

Rússia, ou na Guerra de Israel contra os terroristas do Grupo Hamas. Esses exemplos extremos levantam questões sobre a controlabilidade dessas situações.

O que seria o correto a fazer e mais seguro: confiar a justiça do mundo a um superpoder exercido por um super-herói, fiando-se no seu único e exclusivo senso de justiça, verdade, bem e mal, podendo atuar sem amarras em total autonomia e independência de governos, sistemas ou outras organizações, e mesmo assim manter um caráter de legitimidade; ou dever-se-ia confiar no que a comunidade estabelecer, elegendo limites inegociáveis?

Em 2006, o sistema de justiça norte-americana teve a oportunidade de responder a essa indagação. No caso de Guantánamo, em um dos precedentes que analisou as prisões por motivos de Segurança Nacional sob a epígrafe *Hamdan v. Rumsfeld, 548 US 557* (2006),[332] a Suprema Corte dos Estados Unidos apreciou o caso do réu Salim Ahmed Hamdan, que havia ocupado a função de motorista de Osama Bin Laden. Hamdan foi capturado, preso e conduzido à Base Militar de Guantánamo, e a Suprema Corte acabou anulando sua prisão por violações à Convenção de Genebra.

Por ocasião da prisão, Hamdan ingressou com uma petição de *Habeas Corpus* no Tribunal Distrital Federal para obter sua soltura. No entanto, antes que a Justiça do Distrito de Columbia em Washington deliberasse sobre o pedido, o réu foi submetido a outra audiência, agora sob a jurisdição da Justiça Militar. Nessa audiência, Hamdan foi identificado e classificado como combatente inimigo, acarretando uma série de graves consequências sobre sua situação legal.

Quando o Tribunal de Colúmbia apreciou o caso, levantou uma questão de ordem no sentido de que, antes de qualquer outra deliberação, a Corte precisaria ouvir o peticionário. A ideia era decidir sobre o seu status jurídico, determinando se o réu era ou não um prisioneiro de guerra.

Caso fosse considerado um prisioneiro de guerra, isso atrairia as regras internacionais da Convenção de Genebra.[333] Em um segundo momento, a Corte poderia julgá-lo e analisar todas as demais questões de mérito.

---

[332] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006)**. Disponível em: https://bit.ly/47KCblD. Acesso em: 15 maio 2023.

[333] A Convenção de Genebra demandava apenas uma identificação sucinta do suspeito, incluindo seu nome, posto e lado de combate, antes de ser encaminhado a uma Jurisdição Militar. Qualquer ausência de informações adicionais não deveria ser interpretada como uma negação a outras exigências, e não implicava em crime ou violação de qualquer norma internacional de guerra.

É preciso destacar que, por mais rumorosas que tenham sido as questões envolvendo os atentados à Nação irmã e as consequências terríveis, incumbia aos poderes constituídos dizerem a última palavra. Esta foi a única amarra segura ao longo dos mais de 200 anos de constitucionalismo daquele país, sendo essa a sua grande e verdadeira Segurança Nacional.

A história constitucional daquela grande nação demonstrou que todas as vezes em que se buscou desviar desse caminho, tempos sombrios se avizinharam. A questão estava em saber se as atuais ameaças existentes teriam a força de mudar a forma como a democracia norte-americana vem tratando dessas questões, ou se estamos em um novo tipo de patamar civilizacional.

Assim, a Corte de Apelações, hierarquicamente superior à Justiça do Distrito de Colúmbia, reverteu a decisão. Concluiu que a Convenção de Genebra, por se tratar de um Pacto Internacional, não se aplica a um Tribunal Federal dos Estados Unidos,[334] e que o estabelecimento de Tribunais Militares havia sido autorizado pelo Congresso, não podendo ser considerado inconstitucional. Estabelecido o caso, a questão subiu à apreciação da Suprema Corte, a qual levantou as duas questões essenciais. Todos os casos constitucionais e o próprio ensino jurídico nessa tradição jurídica começam com juízos socráticos levantados por indagações.

Primeiramente, indagou-se se os direitos protegidos pela Convenção de Genebra podem ser exercidos na Justiça Federal por meio de *Habeas Corpus*. Em segundo lugar, questionou-se se a Comissão Militar, no âmbito da Jurisdição Militar estabelecida para julgar Hamdan e outros por supostos crimes de guerra na chamada Guerra ao Terror, foi ou não autorizada pelo Congresso ou pelos poderes inerentes do presidente da República.

Por maioria de 5 votos contra 3, a Suprema Corte entendeu que era cabível suscitar a Convenção de Genebra pela via do *Habeas Corpus*. Por outro lado,

---

[334] Devido às denominadas "cláusulas federativas" presentes na Constituição do federalismo norte-americano, a natureza política dos pactos internos impede que a União celebre acordos internacionais sem o consentimento de todos os Estados Federados. Portanto, um Tribunal Federal estaria constitucionalmente limitado de impor regras aos Estados que não tivessem sido previamente acordadas internamente com o governo federal, sem infringir diretamente a autonomia política dos Estados que compõem a Federação. Em virtude dessa restrição, o Tribunal Federal não teria a capacidade de aplicar a Convenção de Genebra como um Tratado Internacional sem simultaneamente impor algo que não foi originalmente pactuado entre a União e os Estados. Isso resultaria em uma incompatibilidade que violaria o princípio fundamental da Constituição Norte-Americana, que foi construída por meio de um trabalho árduo e exaustivo de persuasão, conforme documentado nos escritos imortalizados no compêndio intitulado "O Federalista", publicado por Madison, Hamilton e Jay (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O federalista**. Brasília: UNB, 1984).

respondeu que a forma e a natureza da Comissão estabelecida extrapolavam os poderes tanto do Congresso quanto do Presidente da República.

Observe-se que a Suprema Corte não adentrou no mérito da questão, mas concluiu que não havia autorização expressa na forma da lei para submeter o réu ao julgamento. A Corte afirmou que a Comissão Militar deveria cumprir as leis ordinárias, infraconstitucionais, as Leis de Guerra e a Convenção de Genebra reunia esses requisitos. Nesse caso, a lei ordinária de Guerra poderia ser invocada e aplicada pela Suprema Corte em harmonia com o Código Militar.

Desta forma, a colheita dos depoimentos e provas que envolviam o Réu Hamdan não foi protegida pelas leis constitucionais e deveriam ser excluídas do processo, permanecendo confidenciais, pois violavam ao mesmo tempo leis ordinárias e Leis de Guerra, contaminando as provas. Logo, o julgamento foi afetado, sendo reconhecida sua ilegalidade. Os ministros Scalia, Thomas e Alito discordaram da decisão da Suprema Corte.[335]

Essa determinação de fazer valer a Constituição mesmo contra os interesses do próprio Estado em uma matéria tão sensível como a Segurança Nacional nos Estados Unidos, um tema inclusive constantemente exaltado pela ficção em filmes, séries e romances, revela uma disposição inquebrantável de assegurar os direitos fundamentais. Isso ocorre porque esses direitos são a essência do modelo constitucional daquele país, e o interesse público não é entendido como o interesse do Estado, mas sim o interesse de toda a nação.

Se os direitos de uma pessoa forem expostos, subentende-se que é o direito de toda a nação que está em jogo. Obviamente, se esses exemplos foram levados para uma situação extrema de sobrevivência da própria nação, considerando concretamente.

Observe-se o risco nuclear, por exemplo; talvez isso leve a uma relativização desta linha férrea à qual está atrelada a prática constitucional dos últimos 200 anos. O caso de Guantánamo tem como tema de fundo uma discussão constitucional sobre as dimensões e alcance da cláusula do devido processo legal de um lado e,

---

[335] Esses juízes apresentavam um perfil mais conservador. Scalia, ao proferir seu julgamento, referenciou diversos precedentes que respaldavam a legalidade da prisão e interrogatório. Por sua vez, o Juiz Alito desempenhou um papel significativo no julgamento que reverteu o caso Roe *v.* Wade, o qual, há 40 anos, possibilitou a descriminalização do aborto nos Estados Unidos, gerando uma ampla controvérsia. (VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula Roe *v.* Wade e estados podem proibir o aborto**. 24 jun. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3S472DO. Acesso em: 6 jul. 2022).

de outro, as emergências do poder, o que pode ser avaliado, primeiramente, sob o enfoque simbólico.

Sobre a problemática do fenômeno do poder e seu infinito expansionismo patológico *versus* a necessidade ontológica de sua contenção, os gregos deram a sua resposta há séculos. Eles retratavam valores, vícios e virtudes da alma humana, transferidos para a instância etérea dos deuses mitológicos.

Os relatos mitológicos traçavam possíveis rotas de fuga para os dramas humanos. Atualmente, a mitologia das telas de cinemas e meios digitais retoma um lugar simbólico na instância democrática, indagando se as estruturas de poder e de contenção de totalitarismos estão dando conta dos ataques inclementes de todos os lados. Nesse cenário, as mídias, as guerras de narrativas e os falseamentos colocam em xeque as regras do jogo democrático, com regras claras, definidas e previamente estabelecidas. Afinal, seria possível negar os abalos às ideias democráticas?

Afinal, a quem aproveitaria o enfraquecimento dos fundamentos da própria democracia? O desafio que a Democracia tem enfrentado nas últimas décadas, de forma global, tem sido bastante árduo. O caso mencionado sobre o tema do terrorismo é recorrente, não apenas nos Estados Unidos. Basta verificar que a guerra entre o Estado de Israel e o grupo Hamas desafia até mesmo a clássica construção do Direito Internacional, que reconhece a guerra somente entre países. Esse conceito é insuficiente para denominar o conflito entre um país e um grupo insurgente, sendo necessário utilizar a nomenclatura correta relacionada a conflitos com grupos insurgentes.

O tema da supremacia de uma norma comum no plano internacional se repete no plano interno diante da necessidade de observar as diretrizes constitucionais, o que implica reconhecer um grande desafio das Democracias modernas. A supremacia constitucional muitas vezes é colocada como a própria inimiga do país, em um clássico embate de colocar a Constituição contra ela mesma.

Nesse contexto, a Teoria da Constituição é retomada em seus fundamentos para compreender os limites da própria Democracia e pode ser entendida ao se aglutinar um conjunto de normas jurídicas sistemicamente ordenadas, com a finalidade de direcionar, coordenar e harmonizar a atuação jurisdicional. Isso se baseia no pressuposto inarredável da supremacia da Constituição, garantindo-se os direitos fundamentais conformados ao paradigma do Estado Democrático de Direito

sob o horizonte de sentido pluralista, ressaltando as garantias processuais.

O tratamento do Processo Constitucional se dá de forma científica e técnica, não se afastando da dogmática para aderir a voos solipsistas preconizados pelas ondas de ativismo judicial. Mesmo que portadoras de boas novas messiânicas, o *locus* democrático não é o espaço da crença, das paixões arrebatadoras e, não raramente, escamoteiam surtos autoritários.

Não se pode admitir jurisdições salvíficas e messiânicas; a democracia deve se bastar. Por isso, é necessário ser rigoroso ao delinear um recorte sistemático-metodológico preciso, sistematizando todas as relações diretas e indiretas das normas processuais, sejam elas princípios ou regras, com a Constituição Federal. Isso resulta em um modelo constitucional de processo democrático

Observe-se os pressupostos desta construção: se o Processo Constitucional só pode ser compreendido aqui sob uma perspectiva democrática, necessita de uma metodologia normativa de garantia de exercício e concretização de direitos fundamentais que seja condizente com a perspectiva dos cidadãos de se posicionarem perante o poder estatal no âmbito da processualidade com condições de exercitar um controle verdadeiro, real e palpável para poderem participar em todas as etapas da formação do poder estatal, reconhecendo-se como iguais em idêntica dignidade.

Essa mesma dignidade consiste, inclusive, no ato de reconhecer as diferenças como fatores que exigem olhares diferenciados e até misericordiosos. A igualdade formal do liberalismo burguês, que inferioriza, domina e tiraniza, nunca foi e nunca será igualdade em seu sentido pleno e emancipador. Essa é a razão do fundamento extremamente democrático das políticas de discriminação inversa, tão atacadas, vilipendiadas e desmontadas em surtos recentes de autoritarismos sem registro na história pátria.

Tecnicamente falando, pressupõe-se que em um processo judicial o juiz não pode fazer o que quiser: inventar procedimentos, inverter ordens de fases, contradizer-se, decidir sem a referência da norma jurídica (compreendida aqui em um sentido amplo de produção normativa), decidir de forma obscura ou ainda decidir sem se ater à específica estrutura fática.

Dessa forma, a existência de normas processuais, como embargos de declaração, a exigência de fundamentação das decisões, a necessidade de decidir de forma integral, coerente e harmônica, e, acima de tudo, assegurar que as partes

tenham efetivamente desempenhado todos os atos possíveis para compartilharem o fruto da decisão estatal, colaborando em paridade de armas, meios e qualificação técnica do provimento final que é a sentença, se apresenta como a exteriorização de um consistente sistema de respeitabilidade de garantias. Esse sistema flui da concepção de um modelo constitucional de processo, enquanto vertente democrática dessas mesmas garantias.

O Processo Constitucional, ao estabelecer as garantias que asseguram o exercício dos direitos no plano processual constitucional, assume o compromisso concreto de efetivar os direitos fundamentais. Nesse sentido, o Processo e a Constituição, entidades essenciais ao Estado Democrático de Direito — o primeiro de natureza técnico-jurídica e o segundo de natureza política — convergem para formar um único instituto, visando proteger os direitos e as próprias garantias constitucionais através da efetivação do Processo. Essa efetivação se dá por meio de uma metodologia específica que representa um modelo constitucional.

Por óbvio, não se cogita aqui de qualquer tipo de processo ou concepções distorcidas de processo, como uma sequência de atos visando a um fim, o que define, em verdade, meros procedimentos que se transfiguram em formas de jurisdição salvífica. No contexto tratado, processo implica em assegurar direitos através da equidade formal e substancial, daí a importância da noção de processo substancial consubstanciada no devido processo, que na estrutura constitucional brasileira se desdobra no contraditório, ampla defesa e devido processo no sentido estrito.

Além do objeto e do método, uma ciência autônoma exige uma linguagem própria, seus próprios postulados e uma definição específica que indique sua dimensão, consistência e finalidade. Isso será delimitado ao analisar qual o termo mais apropriado para definir este ramo específico da ciência jurídica, o que se explica muito facilmente.

A noção de processualidade pode envolver conotações nos âmbitos militar, civil, tributário, trabalhista, administrativo, legislativo ou até mesmo canônico, desportivo e comunitário. Isso ocorre porque qualquer comunidade pode eleger certos princípios para solucionar conflitos, seja na constituição de um condomínio, em comunidades ribeirinhas, aldeias indígenas ou em qualquer outra situação. Essa escolha implica em estabelecer regras para orientar uma solução, e para isso, não necessariamente se precisa de uma Constituição ou de uma estrutura paradigmática

de ordem liberal, social ou subsidiária.

Portanto, a questão conceitual do Processo Constitucional e sua própria denominação não é uma questão de pouca importância. É difícil compreender como essas questões podem ser superadas simplesmente pela indiferença terminológica, como parece sugerir Cassio Scarpinella[336] ao afirmar que "importam muito pouco, contudo, os nomes" como "processo constitucional, direito processual constitucional, direito constitucional processual, tutela constitucional do processo".

Ele argumenta que essas terminologias, "quanto quaisquer outras, seriam igualmente aptas à descrição da proposta metodológica, ou de um verdadeiro método de pensamento do direito processual civil", uma vez que "a conceituação terminológica não passaria de uma perda de tempo"; o mais importante seria "a identificação dos nomes; é mister aplicar aquilo que eles descrevem."

O Processo Constitucional, como proposta metodológica, não tem como objeto de estudo o próprio Direito Processual Civil. A simples razão para isso é que o Processo Constitucional não trata, não tratou e nunca tratará do Direito Processual Civil. Este não é e nunca foi o seu objeto de estudo. O foco do Processo Constitucional está na interconexão entre os postulados mais sensíveis do Processo nos âmbitos do direito penal, civil, eleitoral, administrativo, tributário, entre outros, com a própria Constituição.

Em reforço a esta alusão, observe-se que o que resulta dos estudos em torno de temas como Processo Constitucional Penal, Direito Processual Constitucional Eleitoral e assim por diante é o reconhecimento da importância de uma metodologia e uma terminologia adequadas. Colocar o Processo Constitucional no mesmo plano do Processo Civil implica na suplantação do próprio Processo Constitucional e seu inteiro desmantelamento.

Dessa convergência de fatores emerge uma nova ciência, com objeto, conceito, pressupostos e metodologia distintos. Mesmo a hermenêutica comum aplicada em outras áreas do direito passa a assumir uma instância, natureza e complexidade diferentes, algo nunca visto na processualística brasileira.

A interpretação constitucional exige um labor mais refinado do que o praticado atualmente em outras áreas do direito. Culturalmente, à medida que as

---

[336] BUENO, Cassio Scarpinella. **O "Modelo Constitucional do Direito Processual Civil": Um paradigma necessário de estudo do Direito Processual Civil e Algumas de suas aplicações.** Disponível em: https://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf. Acesso em 10 maio 2023.

temáticas do direito privado são absorvidas pela força normativa da Constituição, todo o horizonte de significado se transforma.

Não se pode abordar o Processo Constitucional com o mesmo enfoque, metodologia e espírito das demais áreas do Direito, pois as formas e os meios são distintos, sendo inadequados para qualquer outra disciplina, especialmente o Processo Civil, quando considerado isoladamente.

A noção de Processo Constitucional, como um instituto que assegura a concretização dos direitos em sua fundamentalidade, só pode existir em consonância com a própria Constituição de 1988. Esta estabelece o Estado Democrático de Direito como matriz principiológica, sem conceber outro prisma ou fundamento de validade para todas as normas que compõem o ordenamento jurídico.

Por essas razões, não é possível conceber um Direito Processual não constitucional, o que também é demonstrável do ponto de vista da primariedade do raciocínio de subsunção. A existência de direitos só é possível quando validada pela Constituição. Qualquer norma ou ramo jurídico que carece de fundamento de validade nega seu próprio chão e horizonte de sentido.

O Processo Constitucional se estrutura nos princípios do Direito Processual, ao mesmo tempo que os eleva ao plano constitucional, uma vez que suas garantias estão previstas na própria Constituição. Essas garantias têm primazia nas normas de proteção à dignidade humana, visando, por meio de suas garantias, a efetividade e completa exequibilidade.

Os princípios do Direito Processual consolidam o Processo Constitucional sempre no sentido de reconhecer os direitos fundamentais, mas isso não pode ocorrer sem que as garantias desses direitos sejam sólidas. Existem instâncias entrelaçadas de ordem processual e jurisdicional que visam estruturar o Processo em sua natureza técnico-jurídica, compreendida no contexto da própria Constituição.

A instância processual decorre do fato de que a ação é um público subjetivo e fundamental, exercido de forma universal, que viabiliza o acesso à justiça de maneira concreta. A instância jurisdicional decorre do fato de o Estado exercer seu poder indeclinável a partir do compromisso com os direitos fundamentais. Dessas duas instâncias, processual e jurisdicional, resulta uma modelagem do Processo que implica em uma instância estruturadora de natureza técnico-jurídica, intimamente entrelaçada com a própria Constituição.

José Alfredo de Oliveira Baracho[337] observa que o Processo e suas garantias, de forma muito concreta, constituem essencialmente as próprias garantias individuais e constitucionais. Ele afirma que as instituições da ação, da jurisdição e do processo são todas constitucionalizadas em sua raiz, compreendendo assim uma terminologia de Direito (jurisdição) Processual (ação) Constitucional (que emana a jurisdição e o Processo como uma instituição única), tendendo a assegurar, proteger e implementar os direitos fundamentais constitucionalizados.[338]

Nesse ponto é possível avançar para um segundo estágio conceitual, introduzindo um novo elemento a ser esclarecido. O Processo Constitucional implica em uma inegável adequação a um paradigma de constitucionalidade democrática, o qual determina a observância de um processo primeiramente legal, mas que se estrutura segundo regras e princípios constitucionais. Isso implica na consideração da fundamentação racional das decisões, indo além da concepção do Processo como uma mera "relação jurídica".

Como pode ser observado, a estrutura processual delineada aqui, conforme uma construção teoricamente complexa, não tem absolutamente nada a ver com as dimensões instrumentalistas do Processo. Não importa se os objetivos desse processo estão voltados para a agilidade, assemelhando-se a um florim nas mãos do julgador que o maneja com arte enquanto "administra" a jurisdição, "conduz" o processo e está "acima" das partes que entre si estabelecem "relações processuais" visando "escopos metajurídicos".

É por esse motivo, por exemplo, que a integridade e coerência da aplicação da jurisprudência no Brasil deve refletir essa concepção democrática e técnico-científica do processo como um avanço conceitual. Como destacado por William Pugliesi,[339] zelar pela "coerência, integridade, estabilidade e uniformidade das decisões, e defender esses elementos" implica em conceber uma "jurisprudência cujo efeito é persuasivo", reconhecendo "a importância das decisões judiciais para o Estado de Direito".

Contudo, nem a Constituição de 1988, nem o Código de Processo Civil de 2015, nem os revitalizantes estudos acadêmicos têm sido capazes de dissuadir

---

337 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, nºs 3-4, p. 89-154. 1º-2º sem. 1999, p. 90-91.

338 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**... p. 106.

339 PUGLIESE, William Soares. **A *ratio* da jurisprudência**: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 310 f. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016. Disponível em: https://bit.ly/47MMSnY. Acesso em: 15 jun. 2023.

antigos esquemas mentais incrustados nas velhas e novas mentalidades, como foi pontuado anteriormente. Isso é evidenciado pelo julgado a seguir,[340] que por muito tempo impera no imaginário de muitos juízes, tribunais e demais operadores do Direito:

> O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada. (STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Regina Helena Costa)

Esse tipo de decisão, assim como muitas outras, é a expressão autoritária de uma concepção não democrática do Direito, representando a negação completa de toda a construção teórica do Processo Constitucional.

Tais decisões são construídas a partir de uma racionalização autocrática do processo como instrumento da jurisdição, mesmo que se utilizem de terminologias como liberdade e prudente arbítrio do magistrado ao estabelecer "escopos metajurídicos" que, por anos, influenciaram a prática cotidiana dos tribunais e ainda o fazem.

Essas posturas antidemocráticas geralmente pavimentam a defesa de argumentos favoráveis ao ativismo judicial, por exemplo, e mesmo quando contrastadas com a construção democrática da jurisdição, ou seja, o Processo Constitucional, não se acanham e continuam prosperando, mesmo em face das radicais transformações da ciência processual no Brasil nos últimos anos.

Pode-se dizer que ainda remanesce na legislação muitos elementos hermenêuticos que permitem ao julgador fazer uso da plêiade terminológica, sempre se referindo à lei, pois os termos são tantos.

A própria Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, especialmente nos arts. 4º e 5º, abre um horizonte imenso. No entanto, não é este o fator decisivo, pois um enxugamento absoluto dos termos jurídicos nunca será possível.

Também a translação dos termos da Lei de Introdução para o Código de Processo Civil,[341] no caso os arts. 8º, parágrafo único do art. 140 e o art. 404, V do

---

[340] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 1767350-SC**. Rel. Min. Regina Helena Costa. Julgado em 16 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/42j6i2E. Acesso em: 15 jun. 2023.

[341] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:

Código de Processo Civil, apontam como critérios de decisão "os fins sociais, as exigências do bem comum, com base em equidade ou por livre convicção".

Tudo isso parece super empoderar o magistrado, o que extrapola a segurança jurídica, pois passa a imperar um perfil discricionário do julgador que sufoca as garantias do contraditório, ampla defesa, isonomia e fundamentação racional das decisões.[342]. Contudo, diante da hermenêutica constitucional, que é especialíssima em relação à hermenêutica ordinária, são comuns as técnicas de maior densidade que devem ser aplicadas.

Hermes Zanetti Júnior[343] afirma que, na sentença como "ato de vontade", portanto, um ato criativo, o juiz está influenciado pela sua conformação social, pelo seu conhecimento da matéria e pelas peculiaridades do caso. Ele deverá tratar o problema em conjunto com as partes, exercendo uma atividade criadora que é complemento necessário à atividade legislativa ordinária. Essa abordagem destaca a característica do novo modelo de direito que se forma no pós-positivismo.

Rosemiro Pereira Leal[344] identifica que um posicionamento como o de Zanetti não está isento de certas complicações conceituais, pois seria uma "concepção errônea do constitucionalismo brasileiro".[345]

Não basta reconhecer a existência de garantias constitucionalizadas se, na base do pensamento, ainda se encontram concepções próprias da "criação livre do direito" pelos juízes, sendo um ponto de vista incompatível com o atual paradigma de direito processual democrático.

A totalidade dos provimentos estatais deve se conformar aos paradigmas democráticos do Processo Constitucional para vetar totalmente a discricionariedade judicial nos mais diversos níveis como também no plano administrativo, legislativo e arbitral.

É nesse supra aludido que se diz que a atividade jurisdicional não é ato solitário e isolado do juiz em nome de conceitos, princípios ou outros escopos processuais, sejam quais forem, se não houver uma concepção que seja principiológica normativa e metodológica pressupondo a simétrica paridade das

---

https://bit.ly/492LOgD. Acesso em: 15 jun. 2023.

342 CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 144.

343 ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional:** o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 187-188.

344 LEAL, Rosemiro Pereira. **Constituição e processo**: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283.

345 LEAL, Rosemiro Pereira. **Constituição e processo**... p. 283.

partes formal e materialmente considerados.

É imprescindível garantir não apenas a formalidade, mas a efetividade do direito à defesa, assegurando o pleno acesso à justiça com condições equitativas para ambas as partes. A igualdade de condições processuais, a fundamentação racional das decisões e a assistência judiciária adequada são pilares essenciais para um sistema jurídico democrático e eficaz.

Essas questões destacam a importância de uma abordagem cuidadosa e equitativa no âmbito do Processo Constitucional e do sistema de justiça como um todo. A reflexão apresentada destaca a importância de uma abordagem fundamentada, principiológica e metodológica no âmbito do Processo Constitucional.

O respeito aos princípios democráticos, à igualdade de condições e à efetividade do direito à defesa são fundamentais para garantir a justiça no seu sentido mais amplo e sagrado. É como se encontra escrito em muitas salas das de julgamento: “faça-se justiça ainda que pereça o mundo”.[346]

Os direitos fundamentais assegurados nas Constituição devem ser fruídos por qualquer do povo e essa fruição só é possível de ser concebida a partir do Processo Constitucional que efetivamente assegure aos destinatários dos provimentos judiciais a possibilidade de controle de forma mais ampla possível, sejam estes de ordem jurisdicional, legislativa ou administrativa, como condição do ato perpetrado ser válido por estar de acordo com o texto constitucional garantidor.

O Processo Constitucional envolve a organização de dispositivos destinados à promoção, preservação, realização e progresso dos direitos fundamentais integrados na estrutura institucional técnico-jurídica. Ele estabelece uma matriz que impulsiona constantemente o avanço das garantias democráticas, fundamentada em uma metodologia alinhada aos princípios do Estado Democrático de Direito, dentro do horizonte de significado do paradigma pluralista.

Ao examinar as interações entre o Processo e a Teoria da Constituição em alguns aspectos específicos, assim como o papel do Processo Constitucional como

---

[346] BATOCHIO, José Roberto. **Discurso por ocasião da comemoração do 172º aniversário da Fundação do Instituto dos Advogados Brasileiros**. 16 set. 2015. Disponível em: https://bit.ly/4b5BCFT. Acesso em: 15 maio 2023. Afirma que a expressão “faça-se justiça ainda que pereça o mundo” historicamente atribuída a Ferdinando Primeiro, em verdade, teria surgido pela primeira vez no opúsculo de Johannes Manlius, Loci Communes (1563) (*Fiat justitia, et pereat mundus*). Na obra *Paz Perpétua* (*Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*), de 1795, Immanuel Kant retoma esta máxima e Hannah Arendt faz uma pergunta desconcertante ao considerar que o uso da expressão é meramente retórico, pois se deveria ser feita justiça se a sobrevivência do mundo estiver em causa?

garantia dos Direitos Fundamentais, é possível destacar as consequências negativas associadas à adoção dos axiomas dos discursos da escola processual instrumental e sua visão de jurisdição como redentora.

Com essa análise concluída, passamos agora para o próximo tema, que aborda os elementos constituintes do Processo Constitucional Substancial. Examina-se também como o direito comparado tem tratado essas questões, envolvendo os diversos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e adequabilidade.

2.3 ELEMENTOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANCIAL E A DOUTRINA DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANCIAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, PORTUGAL, ALEMANHA E BRASIL E AMÉRICA LATINA (ALGUMAS NOTAS)

Ao situar as origens embrionárias da expressão "Processo" ou "cláusula do devido processo" ou "devido Processo", torna-se imperativo analisar a evolução de duas expressões fundamentais: os "direitos da terra" e o "devido processo legal". Essas análises têm como ponto de partida a experiência inglesa, lançando luz sobre as reflexões que se seguirão.

Como acentuado nos estudos de Carlos Roberto Siqueira Castro[347], o estudo do direito *yankee* propicia uma melhor compreensão das duas fases de garantia constitucional expressa na cláusula do *"due process of law*", a processual consubstanciada no "*procedural due process*" e a substantiva expressa no "*substantive due process*", colhidas do tesouro jurisprudencial do Direito Constitucional estadudinense.

Em seu aprofundado trabalho sobre o tema, elaborado logo no ano seguinte à promulgação da Constituição de 1988, portanto, no ardor de um momento histórico muito marcante na Democracia brasileira, Siqueira Castro[348], que havia atuado junto a grupos de trabalho da Comissão Afonso Arinos[349], chama a atenção para as magníficas possibilidades exegéticas do devido processo legal.

---

[347] CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 3

[348] CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil...** p. 5

[349] Deu-se o nome de Comissão Afonso Arinos aos trabalhos preparatórios à Assembléia Nacional Constituinte instaurada em 9.04.1987, visando a confecção do novo texto promulgado em 1988. Dentre os membros da Comissão de Sistematização destinada à discussão dos mais diversos temas, o Professor e Jurista Carlos Roberto Siqueira Castro, prestou relevantes serviços à nação brasileira. SENADO. Assembléia Nacional Constituinte. Atas das Comissões, p. 357. Disponível

Observa este autor, que a expressão devido processo legal, em sua acepção substantiva, embebida do ideal de justiça, tem um sentido muito significativo porque norteia as relações de poder na comunidade política contendo o arbítrio, de onde se pode tirar a inspiração para a salvaguarda dos direitos fundamentais no Brasil, esmagados no período ditatorial a partir de 1964.

Ao traçar a história da origem mais remota da ideia de devido processo legal, William Stubbs[350] atribui tal conceito a *Constitutio de Feudis*. Este é um édito emitido pelo imperador Romano-Germânico Konrad II em 28 de maio de 1037. No referido documento, pela primeira vez, foram codificadas normas relacionadas ao direito feudal germânico, estabelecendo que "nenhum homem pode ser privado do seu Feudo a não ser em virtude das leis do Império, às quais mesmo o imperador se submete".

Essencialmente, a essência dessa garantia é reproduzida em outro documento amplamente difundido e reconhecido na história do Constitucionalismo: a Magna Carta de 15 de junho de 1215.[351] Também referida como "Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês"[352] (tradução nossa), esse documento pré-constitucional menciona a expressão "*law of the land*". No contexto do direito inglês, essa expressão é interpretada como "direito da terra", de onde derivam uma série de consequências que consolidaram o pacto entre o Rei e os Senhores Feudais.

Para se distinguir de um texto anterior conhecido como a 'Pequena Carta', a Magna Carta (ou Grande Carta, em português), escrita originalmente em latim em 1215, é um documento composto por 63 artigos. Os termos iniciais do título latino do documento,[353] "Magna Carta", são as expressões que o identificam.

---

em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/sistema.pdf . Acesso em: 18 jan. 2024.

[350] STUBBS, William. **Germany in the early Middle Ages**, 476-1250. Londres: Longmans, Green, and Co., 1908.

[351] STUBBS, William. **Germany in the early Middle Ages**…; MÖLLER, Josué Emilio. Os contrastes culturais nas democracias constitucionais: reflexões sobre a conformação ético-política do direito. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 9, jan./jun. 2007. Disponível em: https://bit.ly/3HuiMuL. Acesso em: 24 jan. 2024.

[352] **Magna Carta 1215**. Disponível em: https://bit.ly/42iE9IU. Acesso em: 30 nov. 2023. Do original: "*Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae*".

[353] **Magna Carta 1215**... p. 191.

Este documento consigna a limitação do poder dos monarcas ingleses, em particular do Rei João, devido a conflitos com o Papa e os Barões ingleses que contestavam as ilimitadas prerrogativas do soberano.

Resumidamente, os senhores feudais contribuíam financeiramente para os custos do reino, mas suas reivindicações não eram respeitadas, resultando em constantes atritos e violações dos direitos da nobreza inglesa. Essa situação levava os nobres a buscarem garantias mínimas para a proteção de seus interesses.

Essas foram as razões que levaram o Rei a assumir o compromisso solene e juramentado de sujeitar qualquer privação da propriedade feudal exclusivamente de acordo com as "leis do império", utilizando a terminologia germânica na experiência pré-constitucional inglesa, referida como o "direito da terra". O documento estabelecia:[354]

> **Art. 39.** Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.
> **Art. 40.** A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça.

Esse documento é significativo por ser um dos documentos pré-constitucionais, representando um passo gradual em direção ao constitucionalismo. Ele faz parte de um extenso processo de criação, amadurecimento e expansão de diversas técnicas e argumentos, buscando conter o poder. Esse processo resultou na elaboração de Constituições em todo o mundo nos séculos subsequentes.

Foi um pacto político. Tinha no centro a sobrevivência de uma forma de governo que somente poderia sobreviver sem as violências das guerras se substituído pelo trato político. A Magna Carta[355] fora escrita em latim, que era a língua internacional dos Tratados Políticos na Idade Média, e o termo latino *vel per legem terre* expressava a mesma ideia, ou seja, a partir da “lei da terra”.

Vitor Galvão Fraga[356] observa que o devido processo legal é um princípio reconhecido e importante na Teoria Geral do Processo. Ele assume e desenvolve a expressão em diversas dimensões, facetas e desdobramentos, tornando-se hoje

---

[354] **MAGNA Carta 1215**. Disponível em: https://bit.ly/42iE9IU. Acesso em: 30 nov. 2023.
[355] **MAGNA Carta 1215**...
[356] FRAGA, Vitor Galvão. Devido processo legal: história e conteúdo. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. jul. 2013, p. 403. Disponível em: https://bit.ly/3Svktyc. Acesso em: 15 maio 2023.

uma espécie de princípio abrangente que engloba todas as garantias processuais e direitos desfrutados por uma parte em uma relação processual.

Segundo Nelson Nery Jr.,[357] a expressão "devido processo legal" (*due processo of law*) surgiria apenas em 1354, sob o governo de Eduardo III, quando foram reeditadas de forma mais sistematizada as leis da Inglaterra. O Parlamento reeditou a Magna Carta, resultando no S*tatute of Westminster*, ocasião da alteração dos termos "julgamento legal dos seus iguais" e "lei da terra" por "devido processo legal".

Há uma série de reviravoltas terminológicas em torno da expressão, juntamente com várias especificidades históricas condensadas na ideia central de um pacto entre o Rei João e os Nobres. Entre as diversas questões acordadas, destacou-se uma limitação que consistia na lei reciprocamente reconhecida.

Não havia menção explícita a processo, devido processo ou processo legal; apenas uma restrição nos poderes do Rei. No entanto, esse acordo, embrionariamente, serviria como solo fértil para a construção de um conceito mais sofisticado de garantia, desdobrando-se em diversas formas mais extensas, profundas e complexas.

O próximo capítulo no desenvolvimento do sentido, extensão e amadurecimento da ideia de lei como limitadora do arbítrio seria desempenhado pelas Novas Colônias inglesas na América.

Embora a experiência inglesa se limitasse à nobreza, rei e papado, que eram a estrutura social predominante da época, a ideia de Constituição, conforme surgida recentemente, representaria o resultado de um acoplamento estrutural prolongado entre as esferas da política e do direito.

As Constituições que emergiriam desse novo e complexo arranjo seriam o produto de uma aquisição evolutiva, como será analisado mais adiante no desenvolvimento desses temas.

Como assinala Maurizio Fioravanti[358], a Constituição medieval é mista, porque se refere a uma pluralidade política e social, composta e plural, oposta a toda pretensão de uniformização, disposta a se reconhecer em uma lei fundamental, que seja comum.

---

[357] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

[358] FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion de la antigüedad a nuestros días.** Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 63.

A condição recíproca para aceitar esta lei comum é que não pode haver uma imposição que vem de cima para baixo, mas sim, tal aceitação precisa ser compreendida como a expressão da síntese de uma pluralidade de pactos e acordos estipulado entre a distintas partes, em realidades territoriais específicas e ordens distintas[359]. (tradução livre)

A ideia de Constituição como compreendida na contemporaneidade, surgiu só muito recentemente, como fruto de um progressivo acoplamento estrutural entre as esferas da política e do direito em meio a uma pluralidade diversa de núcleos de poder e as Constituições que surgiriam deste novo e complexo arranjo, seriam o fruto desta aquisição evolutiva.

Por enquanto, é suficiente destacar que a experiência pré-constitucional inglesa desempenhou um papel importante no desenvolvimento inicial da ideia de limites, mediado por acordos que já indicavam uma interação entre Direito e Política, coação e legitimidade. Essas ideias de limitação e contenção de poder, bem como a proteção contra o arbítrio do governante, ressoaram na América tempos depois.

A conotação de limitação, contenção de poder, proteção contra o arbítrio do governante, ecoaram todas na América liberta tempos depois, mas que ainda na condição de colônia já absorvia diversos elementos do constitucionalismo da metrópole.

Relembre-se aqui o conceito de constitucionalismo segundo Maurizio Fioravanti[360] ou seja, o constitucionalismo é o conjunto de doutrinas da metade do Século XVII aproximadamente, voltadas a recuperar no contexto da Constituição dos modernos, os aspectos do limite e da garantia[361]. (tradução livre)

Os conceitos do devido processo foram, naturalmente, apropriados pelos colonos que enfrentavam os impactos da exploração inglesa na América. Da mesma forma que os impostos crescentes, os arbítrios, os abusos e a falta de segurança motivaram a revolta dos Barões em 1215, situação semelhante ocorria na América.

---

[359] La Constitución medieval es mixta porque se refiere a una realidad política y social compuesta y plural, opuesta a todo intento de uniformización, dispuesta a reconocerse en una ley fundamental común sólo porque es consciente del hecho de que esa ley no viene de arriba, sino que por el contrario es la síntesis de la pluralidad de pactos y acuerdos que las distintas partes, las distintas realidades territoriales, los distintos órdenes, han estipulado entre ellos.

[360] FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion de la antigüedad a nuestros días.** Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 85.

[361] El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la Constitución de los modernos el aspecto del limite y de la garantia.

No entanto, lá não havia Barões, mas colonos que se submetiam a mandos e desmandos. Buscando uma solução para esses problemas, os colonos optaram por replicar a estratégia de adaptar as garantias da Magna Carta à nova realidade. Isso foi feito na Declaração de Virgínia, que mencionava a lei da terra e o julgamento do povo pelos seus pares, conforme informa Wasserman citado por Galvão.[362]

A Constituição de 1776[363] não incluiu disposições sobre o devido processo legal, mas em 1791, o texto foi aprimorado com várias emendas, formando a *Bill of Rights*. Nessa Carta de Direitos, introduzida por iniciativa de James Madison, destaca-se uma emenda de especial importância: a 5ª Emenda. Pela primeira vez, esta emenda utiliza o termo "devido processo legal".

A disposição de que "ninguém pode ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o respeito ao devido processo legal" inaugura, na tradição norte-americana, a cláusula do devido processo legal na 5ª Emenda. Essa ideia ecoa em outras emendas, como a VI e a VIII, e é retomada de maneira mais abrangente na 14ª Emenda. Inicialmente, essa garantia era mais restrita, abordando questões de ordem penal, mas ao longo do tempo, por meio da interpretação da Suprema Corte, ela se expandiu para abranger outras garantias e adquiriu novos significados.

Após a Guerra Civil nos Estados Unidos, foram promulgadas emendas para adaptar a nação à nova condição político-jurídica, enfrentando desafios relacionados a reivindicações de direitos, participação política, rebeliões, dívida pública e, acima de tudo, buscando pacificar a nação para possibilitar a reconstrução.

Nesse contexto, surgiram novas emendas, sendo a 14ª delas uma que retomou a questão do devido processo, entre outros temas de igual importância. A 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos[364] foi aprovada pelo Congresso em 13 de junho de 1866 e ratificada em 9 de julho de 1868.[365] A referida Emenda assim determinou:

> **EMENDA XIV (1868).** Sessão 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer

[362] FRAGA, Vitor Galvão. **Devido processo legal**...
[363] UNITED STATES. **The Constitution of the United States**. 1787. Washington, DC: s.d., 1992. Disponível em: https://bit.ly/3SdA4kB. Acesso em: 30 nov. 2021.
[364] CONSTITUTION US. **14th Amendment Simplified**. Disponível em: https://bit.ly/48YIi7y. Acesso em: 30 jan. 2024.
[365] UNITED STATES. **The Constitution of the United States**...

> pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.[366]

Essa emenda teve um preço elevado, representando o compromisso com a libertação dos escravizados assumido por Abraham Lincoln, um compromisso que lhe custou a própria vida. Sem essa garantia, não seria possível proteger os escravizados do poder regional dos Estados. Além disso, aqueles que lutaram contra a União não poderiam ser responsabilizados. A ausência dessa emenda poderia intensificar a desconfiança mútua, resultando no efeito oposto ao desejado, dividindo ainda mais a nação em vez de reunificá-la.

De nada adiantaria uma situação pós-guerra na qual os escravizados continuassem sob o risco da escravidão, e os rebeldes estivessem constantemente sujeitos a violações, se não fosse de alguma forma transferido aos Estados os compromissos e garantias assumidos. Daí a origem do termo e o propósito das chamadas "Emendas da Reconstrução".

Na experiência da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a ideia de devido processo era inicialmente mais restrita e compreendida como um princípio que garantia a propriedade e, posteriormente, a liberdade por meio de uma lei de ordem processual. Essa noção, aliás, foi herdada da tradição inglesa, prescindindo da questão terminológica, como observado.

Posteriormente, essa noção expandiu-se para abranger todos os princípios destinados a garantir ao jurisdicionado essas leis e esses princípios concatenados. Em seguida, avançou ainda mais, passando a questionar as finalidades das leis promulgadas pelo Estado que tinham como consequência "restringir direitos" sem uma razão boa e justificada para isso.

Essa evolução foi motivada principalmente pela construção axiológica liberal que estava na base de todas as instituições norte-americanas, como quando se concebeu a figura de um "presidente" para substituir a figura de um "Rei", embora com poderes extremamente limitados.

---

[366] **Amendment XIV (1868). Section 1**. *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*.

Siqueira Castro[367] informa sobre a forma como se relacionavam o parlamentarismo e o presidencialismo. Este último acabou alcançando grande respeitabilidade nos Estados Unidos, ao longo do tempo, sendo efetivamente esta instituição, originariamente fruto do constitucionalismo norte americano.

O Parlamentarismo continuaria coeso em seus caminhos na Inglaterra, ocorre que a origem destas duas instituições, têm motivações diversas, e que de formas diferentes impactam a história do constitucionalismo no continente europeu, na América e no restante do mundo.

Na Inglaterra, para conter os poderes dos monarcas, enfatizava-se a instituição parlamentar, ao passo que nos Estados Unidos, os abusos do Parlamento dispondo arbitrariamente dos destinos das novas Colônias, gerou antipatia a este instituto político, levando a recém-criada nação a afastar-se deste logo deste sistema de governo[368], mas também, não se acreditava ingenuamente em um romântico regime monárquico.

Ocorre que o desamor ao Rei George, era tanto ou quase o mesmo que se nutria em relação ao Parlamento e deste conflito intenso, acabou sendo forjado o regime presidencialista, tipicamente um produto da criatividade do constitucionalismo norte-americano.

De um lado, havia um Presidente, uma figura não tão forte nem tão inatingível, quanto um Rei, a satisfazer o imaginário inconsciente da figura de um pai protetor, que também convivia nos misturados, complexos e contraditórios sentimentos da nova Nação em ebulição.

De outro, havia um Parlamento, não tão poderoso como o Inglês, nem tão insignificante que não pudesse conter os poderes do Monarca, no caso, do Presidente. Desta confluência de fatores, exsurge o sistema Presidencialista estadudinense, o qual inspirou incontáveis nações mundo afora, constando nos mais diversos textos constitucionais.

Por outro lado, visando minar o protagonismo do Parlamento, como informa Siqueira Castro[369], Sir Edward Coke, nos Séculos XVI e XVII, pretendia ver o

---

[367] CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 16.

[368] Observe-se aqui a nomenclatura a distinguir os regimes políticos, sistemas ou regimes de governo e formas de Estado. Para tanto o compêndio de Ciência Política de Maurice Duverger. (DUVERGER, Maurice. **Les Grands Systèmes Politiques**. V. 1. 13 ed. Institutions Politiques et Droit Constitutionnel. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 7-9).

[369] CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na**

predomínio das Cortes inglesas, baseadas no sistema característico do *common law,* sobre os Tribunais da Coroa. Estava em questão a supremacia ou não do Parlamento, seja diante do Executivo, seja diante do Judiciário, com a importante ressalva de que estas distinções não tinham àquela época as delimitações institucionais da contemporaneidade.

O influente jurisconsulto Blackstone, tendia à supremacia parlamentar e Edward Coke esboçava um poder de revisão dos Tribunais, a semente do "*judicial review*". Foi neste período que Sir Coke teve a oportunidade de fazer demonstrar com mais vigor os seus argumentos em um caso concreto, trata-se de um conhecido caso da história constitucional anglo-saxônica, "Dr. Bohnam´s case".

O caso Dr. Dr. Bohnam´s consistia na pretensão do Colégio dos Médicos, um organismo corporativo da época, em estipular uma multa aos médicos que exercessem medicina sem autorização, sendo que tal penalidade seria revertida para a coroa e para o próprio colegiado inglês.

O juiz da causa era Sir Edward Coke, que entendeu não ser possível que um organismo que exercia a função de fiscalizar estipulasse multa, executasse e recebesse em partes, tal valor diante do claro conflito de interesses, pois violava o princípio de que não se pode ser juiz em causa própria. Apesar dos mais refinados argumentos, Sir Coke foi voto vencido.

Contudo, a discussão em torno da possibilidade da contenção dos atos governamentais por um órgão julgador diverso, teria segundo alguns forte influência para forjar no futuro sistema constitucionalista norte-americano, as ideias da supremacia do Judiciário no controle das leis e atos ilegais, concretizada renasceria mais tarde na fórmula da expressão "*judicial review*", o poder judicial de revisão.

Não é sem controvérsia que se aceita tal hipótese, como assinala Siqueira Castro[370], pois, como registrado em diversas obras sobre o tema, não havia um consenso na interligação entre os dois julgados, estabelecendo o precedente do caso Dr. Bonham´s julgado em 1610 na Inglaterra, como uma forma mais amadurecida, refletida no futuro caso Marbury v. Madison[371], julgado em 1803 pela

---

Nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 18.

370 CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.25-26.

371 Este precedente é muito conhecido no estudo do Direito Constitucional norte-americano e atualmente no estudo universal desta disciplina por ser apontado como a primeira vez em que um Tribunal declara ter o poder de anular atos ou leis contrários à Constituição. Apesar de Siqueira Castro e outros adentrarem ao mérito do caso interpretando que teria sido "decidido" pela

Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelecendo a possibilidade do exame judicial da constitucionalidade das leis.

Como esclarece Ruy Barbosa[372], o mérito do caso Marbury v. Madison nunca foi julgado. Curiosamente o caso apontado unanimemente pela doutrina constitucional por haver fixado a possibilidade de uma Suprema Corte invalidar atos do Executivo, nunca foi decidido nestes termos. O Advogado de Marbury ingressou com a ação judicial diretamente junto a Suprema Corte norte-americana, equivocando-se quanto a competência para apreciar atos de partes que não tinham fôro privilegiado, que justificasse a competência originária da Suprema Corte.

Deveria ajuizar o feito junto a Cortes Distritais, mas assim não o fez, no caso seria o Distrito de Columbia, em Washington. A ação foi arquivada. Contudo, a Corte proclamou que tinha esta competência teoricamente falando, porque não poderia exercê-la ante a flagrante incompetência. Desta forma toda a doutrina constitucional se baliza por um precedente historicamente inviável do ponto de vista técnico processual.

---

anulação de um ato do Secretário de Governo James Madison que impedia que juízes de paz do Distrito de Colúmbia, pelo Presidente anterior, um amadurecimento dos estudos sobre este famoso caso, demonstram que o caso não foi julgado em verdade. Houve problemas de jurisdição e incompetência de fôro, mas a Suprema Corte, através da figura do juiz condutor do voto, John Marshall, não "rejeitou a aplicação de atos inconstitucionais como afirmado por Siqueira Castro. (CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 21, nota nº 20). Esta versão dos fatos surgiu no Direito Constitucional brasileiro ainda na época de Ruy Barbosa. Este notável jurista em debate no Supremo Tribunal Federal foi chamado a atenção no sentido de que não teria entendido a extensão do precedente e estaria equivocado em sua maneira de ver. Inclusive foi citada a decisão por seus adversários, como prova do "erro de Ruy Barbosa". Contudo, o jurista maior do começo da República, após ouvir pacientemente as ponderações de seus contraditores, lhes deu a razão explicando que eles estavam corretos no que expunham, contudo, estavam corretos com base apenas até a parte em que os julgados da Suprema Corte registravam aquele ponto do julgado, mas se tivessem tido acesso ao volume seguinte que só Ruy Barbosa tinha conhecimento até então, porque trouxe uma enorme quantidade de livros da Inglaterra quando de suas viagens e também dos Estados Unidos, iram verificar que em verdade o caso Marbury v. Madison nunca foi julgado em seu mérito. Antes disso foi resolvido por preliminar de competência de fôro, a ação foi ajuizada em um juízo incompetente para apreciar a matéria e por isso foi anulada a decisão o que de certa forma acabou sendo benéfico para os autores. Contudo, o Tribunal não se furtou de declarar expressamente o seu poder revisional de todos os atos e leis violadores da Constituição. Este equívoco acabou se espalhando e sendo reproduzido por todos os manuais e compêndios de Direito Constitucional e ensinado nas Faculdades brasileiras, sem estas distinções feitas por Ruy Barbosa. Talvez até por isso mesmo o caso é de redobrada importância pois mesmo sem julgar o mérito, um Tribunal firma uma posição com tamanha autoridade moral que melhor ainda do que tivesse julgado é o significado da postura da Corte em relação a uma tamanha mudança de direção, pois no caso Dred Scott, a Corte não teve esta mesma ousadia e pagou caro, o preço foi uma guerra civil.

372 BARBOSA. Rui. Trabalhos Jurídicos. **Obras Completas de Rui Barbosa.** Vo. XLI 1914, Tomo IV. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa.1989, 245-246.

Siqueira Castro[373] observa que mais importante do que outras considerações quaisquer sobre o caso Dr. Bonham´s, foi o quarto argumento esgrimido por Sir Lord Coke, expressamente citado nos julgados das colônias inglesas na América do Norte. Prova disso seriam os julgados no caso "City of London v. Wood". Não havia a concepção clara da supremacia do Judiciário sobre o Legislativo, nem a especialização extrema das funções estatais, em suas diversas esferas.

Em 1702, num parecer sobre o poder parlamentar, o Presidente do Supremo Tribunal, Sir John Holt, discutiu as limitações ao governo que mais tarde seriam muito aprofundadas na América. Este caso se refere à decisão do juiz Holt, da Corte Inglesa. O caso City of London v. Wood[374], reviveu a velha máxima de que uma pessoa não poderia ser juiz em seu próprio caso.

O réu, Thomas Wood, recusou-se a servir como xerife da cidade de Londres. Em represália, a Prefeitura ajuizou ação de débito para cobrança da multa no Tribunal de Justiça, formalmente composto pelo Prefeito e Vereadores. A ação foi movida em nome do prefeito, da comunidade e dos cidadãos de Londres. Wood foi responsabilizado pelo Tribunal conduzido pelo Prefeito. Em grau de recurso a decisão foi anulada sob o fundamento de que o Prefeito não poderia ser juiz em seu próprio caso, dentre outras questões.

O direito norte americano acabou por influência calvinista[375] e seu pragmatismo moral, amalgamando interesses de independência, prosperidade econômica[376], adaptou as liberdades jusnaturalistas do constitucionalismo inglês, resultando na proeminência do Poder Judiciário sobre o Legislativo, unindo a defesa da importância da supremacia do Parlamento defendida por pelo jurista britânico William Blackstone[377], mas mitigando-a ao extremo para compatibilizar com a soberania do Judiciário sobre os demais atos das demais expressões políticas, já que não havia uma distinção tão característica como ocorre atualmente.

---

373 CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 21-22.

374 HAMBURGER, Philip A. Revolution and judicial review: Chief Justice Holt`s Opinion in City of London v. Wood. **Columbia Law Review.** Vo. 94, nov. 1994, n. 7, p. 2091-2092. Disponível em: https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8QR4WK1.Acesso em: 20 jan. 2024.

375 CONKIN, Paul K. **Puritans & Pragmatists**. Indiana: Indiana University Press, 1976, p. 26 e segs.

376 Também Max Weber explicita estas relações entre religião e economia. A **ética protestante e o "espírito" do capitalismo**. Antônio Flávio Pierucci (Ed.). São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

377 THE YALE LAW JOURNAL. William Blake. mar. 1918. v 27, n 5. Published by: **The Yale Law Journal Company**, Inc. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/786216. Acesso em: 20 jan. 2024.

William Blackstone é a personalidade chave para a compreensão dos fundamentos do Direito e em especial, do Direito Constitucional e Processo Constitucional primeiramente na própria Inglaterra, e mais ainda nos Estados Unidos da América e não só por ter desenvolvido atividades como Magistrado inglês, advogado, político, literato, contabilista e jurista e outras funções.

Ironicamente este intelectual, liberal, que tanto escrevera sobre as liberdades dos cidadãos, garantias liberais, liberdade para empreender e que passou longe das doutrinas socialistas, em todos os seus matizes, não teria vindo ao mundo das letras jurídicas e da política, se não tivesse sido agraciado reiteradamente por Bolsas de estudo que possibilitaram a conclusão de sua formação.

O brilho, a tenacidade e a força com que a obra de William Blackstone açambarcou o universo dos grandes sistemas jurídicos, primeiro do *common law* inglês, depois norte-americano e por fim o direito constitucional radicado na tradição do *Civil Law*, como no caso brasileiro, só pode ser comparado a influência do estoicismo no Império Romano ou dos pensadores cristãos junto as autoridades romanas a partir do século v.

Wilfrid Prest[378], um dos melhores biógrafos de William Blackstone, assinala que influenciou toda a geração dos pensadores norte-americanos no processo de construção de uma Nação, sua Constituição, suas instituições jurídicas e políticas e que mais tarde iriam influenciar o mundo todo praticamente, desde John Adams até Abraham Lincoln, até mesmo, a estrutura universitária dos Cursos de Direito dos Estados Unidos foi idealizada por Blackstone.

Este autor não foi só um doutrinador, mas ocupou as mais diversas posições no mundo jurídico e político, na quase totalidade das obras jurídicas e políticas de Ruy Barbosa, o pensamento de William Blackstone é uma presença constante. Na Casa de Ruy Barbosa, atualmente sediando a Fundação Casa de Ruy Barbosa, situada na Rua São Clemente, no Bairro do Botafogo, no Rio de Janeiro, logo atrás da mesa de trabalhos de Ruy, ao alcance de sua mão, estavam as obras de William Blackstone, para consulta diária.

Portanto, foi este autor inglês, Advogado e Magistrado, de outra tradição jurídica, que ao organizar a legislação inglesa, esparsa e consuetudinária, quem

---

[378] PREST, Wilfrid. **William Blackstone**: Law and Letter in the Eighteenth Century. New York: Oxford University, 2008.

acabou irradiando os frutos do seu trabalho, para os mais diversos sistemas constitucionais do mundo de ambas as tradições jurídicas, a *civil law* e a *common law,* fortemente construída à base do estudo dos precedentes.

Wilfrid Prest[379], observa que William Blackstone foi o pragmatismo inglês que levou Blackstone a se preocupar em sistematizar o direito inglês, sistematizá-lo e torná-lo mais acessível a tal ponto que, durante quase um século, seus escritos foram o guia constante dos estudos do direito nos Estados Unidos, tamanha a influência deste autor, que embora enfatizasse o sistema parlamentarista, base do constitucionalismo inglês, plantou raízes profundas também no sistema C*ivil Law*

Ruy Barbosa bebia incessantemente tanto da fonte do direito anglo-saxônico inglês, quanto do norte-americano e de lá trouxe para o Brasil um Projeto constitucional, com as instituições básicas das democracias liberais, influenciadas pelos ideais iluministas, materializadas na Constituição de 1891, cujos institutos basilares ainda continuam sustentando o sistema jurídico político brasileiro, mesmo após mais de um século da existência do constitucionalismo pátrio.

De tal forma que é impensável refletir sobre o fluxo reformista na seara processual brasileira e do Processo Constitucional, com a implantação de um sistema de precedentes sofisticado, sem voltar às origens e compreender a partir da obra seminal de William Blackstone as raízes das ideias que circulam pelo mundo acadêmico brasileiro, muitas inclusive com ares de novidade e ineditismo, à base de escritos de um brilhante intelectual que viveu entre os anos de 1723 a 1780, tendo falecido relativamente jovem aos 56 anos de idade.

A influência de Blackstone é profunda e abrangente, deixou um legado do qual a civilização ocidental, ainda se serve para buscar embasamento teórico e prático para as grandes temáticas como representação política, sistemas de governo, controle de constitucionalidade, substancialidade do Processo e outras questões.

Não fosse a vida atribulada de Sir William Blackstone, entremeada de muitas derrotas e poucas vitórias, a civilização não teria sistemas de governança política tão aperfeiçoados envolvendo técnicas de interpretação, controle de constitucionalidade, técnica de precedentes que ensejaram o surgimento de um verdadeiro direito sumular, sistemas e regimes políticos e noções de Processo Constitucional

[379] PREST, Wilfrid. **William Blackstone**: Law and Letter in the Eighteenth Century. New York: Oxford University, 2008.

Substantivo, avanços civilizacionais que em seu conjunto permitem em grande parte, sustentar os regimes democráticos nos mais variados países do mundo.

A vigorar a doutrina da simplificação, ao invés de Tribunais e sistemas de leis, técnicas de representação e Instituições sofisticadas, desenvolvimento de um direito principiológico e um sistema de precedentes racionalizado, a balizar o grande conjunto do aparelhamento jurídico-político, não se teria os 4 Volumes dos Comentários sobre as Leis da Inglaterra[380] com uma média de 700 páginas por volume, perfazendo em torno de 2.800 páginas, de William Blackstone.

Encerrada esta necessária digressão para posicionar a importância de Blackstone no quadro geral dos grandes luzeiros do constitucionalismo e como resgate histórico de sua figura, tal qual a de Ruy Barbosa, na tradição brasileira, de cuja obra também muito pouco ou quase nada se sabe nem se ensina nas Faculdades de Direito no Brasil, exceto uma ou outra frase de efeito nos eventos de formaturas, mas um estudo consistente é algo improvável.

Siqueira Campos observa[381] que as conotações das Declarações de Direitos (*Bill of Rights*) inglês e norte-americano diferem em alguns pontos essenciais, cita Bernard Schwartz[382], o qual observa que, apesar do mesmo nome "*Bill of Rights*", o instituto inglês não corresponde ao instituto norte americano.

A doutrina norte americana, informa este autor, mas, também francesa em pronunciamentos de relevantes autores entendem que o texto inglês de 1628 tem uma conotação legislativa, pois era produto de lei e como tal poderia ser alterado ou até revogado dependendo do poder soberano do Parlamento.

O texto norte americano de 1776 incorporado na Declaração de Direitos de Virgínia teria sido o primeiro "*Bill of Rights*" moderno, pois define limita as áreas legítimas da ação do poder legislativo e o faz em um texto constitucional escrito assegurando a proteção de direitos individuais de quaisquer eventuais caprichos legislativos, neste sentido foi pioneiro.

Observa Siqueira Castro que autores como Hauriou, Gichquel e Gelard assinalam igualmente que os documentos ingleses como a *Petition of Rights,* de

---

380 BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. 4 vols. Oxford: Clarendon Press, 1765-1769.

381 CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.25-26.

382 SCHWARTZ, Bernard. **Os Grandes Direitos da Humanidade**: "The Bill of Rights". Trad. A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense, p. 11.

1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1689 eram documentos pragmáticos, de propósitos concretos e localizados, diversos das Declarações norte-americanas de caráter universalista e idealista de viés liberal.

Hely Lopes Meireles[383] esclarece que Montesquieu não teria utilizado os termos "separação de Poderes" ou "divisão de Poderes", fazendo menção tão somente à necessidade do "equilíbrio entre os Poderes". Deste axioma teria resultado entre os ingleses e norte-americanos o sistema de *checks and balances.* Neste sistema de freios e contrapesos, um Poder limita o outro. Montesquieu utiliza a expressão "*le pouvoir arrête le pouvoir*".

Com o tempo teria havido uma deturpação do pensamento do pensador francês, fazendo uso de expressões como "divisão" e "separação de Poderes", pressupondo serem os poderes instâncias incomunicáveis em todas as suas manifestações. Contudo isso é uma inverdade, pois o Governo é o produto de uma interação sistêmica, resulta da interação dos três Poderes de Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo o Estado o detentor de um poder monolítico, único.

O que é a Administração Pública, senão a soma e a síntese de órgãos desses Poderes? Isso é mais simples ao se imaginar que quando um cidadão está diante de um direito ou uma pretensão, que só o poder público pode assegurar, estaria ele diante de uma galeria estanque, independente e absolutamente incomunicável ou diante de um único organismo com complexas funções?

Siqueira Castro[384] assinala que os textos ingleses focam na relevância de uma supremacia do Parlamento sobre a monarquia e os documentos norte-americanos, diferentemente, expressam uma conquista maior, supralegal da sociedade sobre o Estado, como um todo.

---

383 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.35. "O que há, portanto, não é separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais precípuas, entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível. Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões "separação de Poderes" ou " divisão de Poderes", referindo-se unicamente à necessidade do "equilíbrio entre os Poderes", do que resultou entre os ingleses e norte–americanos o sistema de *checks and balances*, que é o nosso método de freios e contrapesos, em que um Poder limita o outro, como sugerira o próprio autor no original: *le pouvoir arrête le pouvoir.* Seus apressados seguidores é que lhe deturparam o pensamento e passaram a falar em "divisão" e "separação de Poderes" como se estes fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações quando, na verdade, isto não ocorre, porque o Estado Legislativo, Executivo e Judiciário como a Administração o é de todos os órgãos desses poderes."(sic)

384 CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 26.

A concepção norte-americana engloba todos os vieses de poder, atualmente identificados como o Executivo e Legislativo, mas que por determinação constitucional, devido a um acordo jurídico e político supremo fundacional, escalou o Poder Judiciário, como o guardião de todas as liberdades públicas individuais, residindo neste aspecto de caráter liberal, uma conquista totalmente diversa do que as expressas nos documentos do pré constitucionalismo inglês (*Petition of Rights, de 1628, o Habeas Corpus Act, de 1679 e o Bill of Rights, de 1689*).

Acrescente-se ainda a distinção de José Soder[385], no sentido de que os *Bills of Rights* do período da independência dos Estados Unidos, tinham um caráter diverso da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, a qual eliminou o Ancien Régime em 1789. O documento francês era motivado pela luta da classe burguesa em ascensão, em face aos estamentos do clero e da nobreza, pois tinha o poder econômico, mas não o poder político.

Este elemento revolucionário francês amalgamava os estamentos políticos e econômicos e depois em formato jurídico, um processo complexo de acoplamento estrutural embasando o Estado burguês com base em seu paradigma Liberal. Já o documento norte-americano não se voltava contra classes, nem emanava de uma burguesia, enquanto classe em conflito, mas sim de uma colônia contra um Império, também havia elementos de ordem jusnaturalista, individualista de viés liberal, mas o motor histórico era outro, tratava-se de uma luta pela Independência, sem a qual nada mais seria possível, nem mesmo a sobrevivência como uma subclasse de poder, como na França.

Se na França, o sujeito constitucional, para utilizar a denominação rosenfeldeana, aspirava por um rompimento histórico violento e revolucionário, ante situações enraizadas de abusos que conduziram a uma situação insuportável e obrigava a nova França a confrontar a antiga França, na América a questão era a liberdade

O sujeito constitucional tudo podia com maiores ares de liberdade, não havia as pesadas tradições enraizadas na mente e na sociedade, pelo contrário, era possível se partir de uma nada jurídico e estabelecer um Estado absolutamente original e novo. Na França e na Europa como um todo o horizonte de sentido

---

[385] SODER, José. **Direitos do Homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960, p. 98-99.

captado pelo sujeito constitucional revolucionário era no sentido de uma renovação total na vida política e social.

Siqueira Castro[386] observa que neste contexto, a cláusula do devido processo legal (due process of law) tinha na América uma conotação associada à prerrogativa suprema de uma Corte independente, com poderes de revisão absoluto, mesmo que embebido em toda a tradição anglo-saxônica, em virtude do que foram sendo elaboradas as 10 primeiras Emendas, em especial a 5ª Emenda.

Em 1863, bem no meio da Guerra Civil americana, entre 1861 e 1865 ocorre a proclamação da abolição da escravatura e com 13ª, 14ª e 15ª Emendas são assegurados os direitos de cidadania e liberdades civis aos ex- escravos e descendentes.

As Emendas visavam um processo de integração nacional e reconstrução da Nação, por isso são designadas como Emendas da reconstrução, voltadas para uma reparação essencial, o reencontro do sujeito constitucional libertário da 14ª Emenda Constitucional de 1868, com a decisão da Suprema Corte no caso Dred Scott v. Sandford, de 1857, que sufocou o sujeito constitucional, gerando um trauma sociopolítico que foi desaguar em uma guerra civil.

Siqueira Castro[387] após fazer um apanhado da evolução do trato destas questões, observa que todo este processo de rompimento e restauração, iria conduzir à discussão sobre os direitos dos negros no ano de 1954, quando a Suprema Corte norte-americana, conduzida pelo juiz Warren, decide o caso Brown v. Board of Education, onde a segregação racial nas escolas americanas foi abolida em uma postura de ativismo judicial[388] justificado, razoável e absolutamente necessário

Como assinalado por Siqueira Castro[389], através da 5ª e da 14ª Emendas Constitucionais, a cláusula do devido processo legal (*due process of law*) é incorporada formalmente ao texto constitucional norte-americano, traçando longo

---

386 CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 31.

387 CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 31.

388 Esta tese distingue dois tipos de ativismo judicial, enquanto protagonismo do poder judicial em certos momentos históricos, baseado na estrutura e racionalidade do devido processo substancial.

389 CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 32-33.

percurso exegético, lançando raízes profundas e ao lado da cláusula da igual proteção.

A cláusula *equal protection of the law,* a cláusula da igual proteção perante a lei, arquitetou um tipo de relacionamento entre o Estado e o indivíduo, influenciando na transformação do Estado Liberal em Estado Social, até se metamorfosear novamente, se transformando de importantes garantias processuais formais, em princípios substantivos que iriam limitar e afetar a essência das próprias decisões estatais, em todas as suas extensões ao consolidar o devido processo legal substancial.

Ao longo de diversos julgados, o judiciário se reservou o entendimento da não interferência nos atos meritórios da administração, mesmo que irrazoáveis, contudo, a cada confrontação neste sentido ficava um gosto amargo da limitação do poder da Corte. Contudo a onipotência e a arbitrariedade legislativa foram ganhando terreno ao arrepio do sentimento jurídico norte americano, mas o devido processo legal ainda não estava a ponto de assumir a premissa de controle do mérito dos atos normativos.

Siqueira Castro[390] observa que o voto do juiz Chase no caso Calder v. Bull, julgado em 1789, antes de Marbury v. Madison de 1803, chamou a atenção em termos de proteção de direitos fundamentais violados por atos legislativos, que já começava a se fazer sentir e informa que a cláusula do devido processo legal, passou a ter um viés substancialista, imprimindo aos julgados uma força limitadora aos atos estatais.

Os anos 30 do pós-guerra, geraram um atrito sobre qual modelagem estatal deveria ser adotada, se um perfil publicista ou privatista, cabendo ao judiciário a função de árbitro neste embate. Siqueira Castro[391] observa que devido processo e o poder de polícia se conflagravam, o dirigismo estatal estava em conflito, sendo que a Corte de Charles Hughes, anulou cerca de 200 textos legislativos na década de 30, que expressavam a política do New Deal do governo Roosevelt e na década de 50 a corte Warren, parte com disposição para a proteção das minorias étnicas e econômicas, esmagadas pelo liberalismo privatista dos anos precedentes.

---

[390] CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 51.

[391] CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 59.

Em 1897 o caso Allgeyer v. Lousiana acena para o "*substantive due process of law"*, devido a um fortalecimento progressivo da jurisprudencia na consolidação do *substantive due process of law* e de forma pioneira a Corte Suprema de um país, invalidou uma lei. Siqueira Castro[392] observa que em 1897ª Suprema Corte norte-americana foi além da perspectiva única exclusiva do devido processo legal, reconhecendo sua dimensão substantiva ao invalidar uma lei do Estado da Louisiana como expressão da garantia do devido processo legal.

A lei local do Estado da Louisiana, vedava a contratação de seguros com empresas que não seguiam a legislação daquele Estado. Allgeyer foi condenado por haver contratado uma Empresa de Nova York assegurando mercadorias despachadas no Porto de Louisiana.

A Suprema Corte, anulou esta lei com base nos dispositivos da 14ª Emenda, entendendo que a lei estadual impossibilitava o exercício da liberdade de contratar sem o devido processo legal. Se o caso Allgeyer abriu o caminho para uma interpretação substancialista da cláusula do devido processo legal, quem atraiu toda a atenção foi caso Lochner v. New York, julgado em 1905.

A violação da lei gerou a condenação de ordem criminal, do proprietário de uma a padaria, o Sr. Lochner. Os trabalhadores padeiros tinham a sua jornada diária de trabalho fixada em 10 horas e no máximo 60 horas semanais.

Siqueira Castro[393] observa que a Corte ao invalidar a lei estadual, trouxe como fundamento a garantia do devido processo legal, contida na 14ª Emenda, que assegurava patrões e empregados o direito de livremente contratar, baseado na liberdade econômica, não podendo o Poder público restringir tal direito, pois, não se tratava de uma lei de saúde pública, aspecto levando em consideração, como foi no precedente Holden v. Hardy, julgado em 1898 e que versava sobre a limitação da jornada de trabalho vinculando esta a um fator de saúde pública, que no caso era o ambiente insalubre nas minas de carvão.

O caso Lochner tinha uma dimensão de ordem liberal, o Estado não poderia restringir o direito de patrão e empregado contratarem, por uma interpretação da cláusula do devido processo legal, contido na 14ª Emenda, mas agora com um viés

---

[392] CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 64.

[393] CASTRO. Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 65.

de natureza liberal. Tinha-se agora a substancialidade, empregada na aplicação do princípio do devido processo legal.

O importante não é a questão de uma fictícia liberdade de contratar, pois, havia uma exploração injusta no trato entre patrão e empregado e não havia normas proibitivas de forma mais consolidada, o registro histórico de relevância, foi a aplicação da cláusula do devido processo legal "substantivo" e a "substancialidade", residia precisamente, nos fins a serem alcançados pela norma, que no caso era evitar as restrições estatais e intervenções do Estado na relação patrão e empregado.

Em verdade diante da expansão capitalista e diante das crises cíclicas deste sistema econômico, que se faziam sentir ao longo dos anos 20, o viés substancialista empreendido pelo judiciário anulou, diversos textos legislativos intervencionistas que tinham como base a regulamentação nas áreas da indústria, do comércio e nas relações entre empregados e os sindicatos.

Essa linha jurisprudencial liberal seguiu até os anos 30, sob o governo do Presidente Roosevelt e a sua política assistencialista mantida pelo dirigismo estatal. A partir daí a chamada "doutrina Lochner" (1905) foi se desvanecendo.

Sobre este ponto específico e considerando os aspectos da segurança jurídica, estabilidade, coerência, integridade apontados por Pugliese, Ruy Barbosa[394] observa que de 1887 a 1911, período da proliferação de leis de cunho social e econômico, o Suprema Corte norte-americana julgou em torno de 560 casos e dentre estes apenas três foram havidos como enfermados de írrita nulidade constitucional.

Observe-se que ao longo destes 24 anos, apenas em três casos, a Corte interferiu e dentre estes, *Lochner v. New York*, quando a Corte entendeu que era o caso de limitar a jornada diária de trabalho em nove horas. Isso demonstra a cultura de acomodação das decisões para não se causar instabilidade.

O caso *Roe v. Wade*, sobre o aborto foi julgado no início dos anos 1970 tendo sido alterado quase 50 anos depois e ainda assim com uma fundamentação minimamente intrusiva, deixando ao encargo dos Estados determinadas situações.

Se esta técnica de acomodação, diga-se assim, visando dar estabilidade ao sistema, for contrastada como a prática do Supremo Tribunal Federal se percebe

---

394 BARBOSA. Rui. Trabalhos Jurídicos. **Obras Completas de Rui Barbosa.** Vo. XLI 1914, Tomo IV. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa.1989, 246.

que é simplesmente impossível. Observe-se aqui as discussões sobre a possibilidade ou não de prisão em 2ª instância.

No ano de 2009, a primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, acompanhou o voto do Ministro Eros Grau[395] no sentido de que poderia haver prisão em segunda instância. Em relação a este julgamento, houve remessa ao Plenário e por 7 votos a 4 se entendeu ser "inconstitucional a prisão em segundo grau por violação ao princípio da presunção da inocência", pelo que se impunha a exigência do trânsito em julgado da condenação, para o início da execução da pena, o que somente ocorreria após esgotados todos os recursos.

No anto de 2015 publicada em fevereiro de 2016, também em sede de Habeas Corpus, HC nº 126.292[396], o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em composição diversa, por 7 votos a 4, na Relatoria do Ministro Teori Zavascki, alterou a jurisprudência anterior, firmada a menos de 7 (sete) anos, no sentido de ser possível a prisão após 2ª instância.

O Supremo Tribunal Federal quase 4 (quatro) anos depois, em 2019 entendeu por 6 a 5 decidiu que a prisão em 2ª instância, somente se justificaria em regra, mediante o esgotamento de todas as vias recursais, o que aliás, está estabelecido tanto no Código de Processo Penal quanto da Constituição, de onde se extrai o princípio da presunção de inocência.

Combinando-se estas duas vertentes normativas, uma infraconstitucional e outra constitucional, entendeu o plenário daquele Tribunal aplicar o princípio da presunção de inocência ao analisar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nº 43, nº 44 e nº 54, que foram julgadas procedentes[397].

Obviamente, não é o foco da discussão o mérito da causa, nem todas as circunstâncias de ordem política e contexto eleitoral, tão somente se procura através de um assunto pinçado à título de amostra demonstrar certa dinâmica nas flutuações

---

395 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 84.078.** Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531. Acesso em: 20 jan. 2024.

396 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 126.292.** Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso em: 20 jan. 2024.

397 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos.** Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1 . Acesso em: 20 jan. 2024.

jurisprudenciais do próprio Supremo Tribunal Federal e que reflete a cultura do próprio judiciário no Brasil.

No polêmico julgamento[398] em fins de 2019, mais uma vez a Corte decidiu que não podia prender porque seria inconstitucional. Ou seja, de 2009 a 2015 e de 2015 a 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que quanto a possibilidade de prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado esgotando-se todas as instâncias recursais, a prisão era inconstitucional, depois não era mais e tempos depois voltou a ser inconstitucional.

Enfim, uma miscelânea que gerou tanta insegurança, instabilidade, desintegração, incoerência, que bem se poderia afirmar que é a tese de William Pugliese aplicada às avessas.

As decisões da Suprema Corte não poderiam deixar de retratar os momentos de crise econômica e social naturalmente e ao longo das décadas 30 e 40 devido às dificuldades econômicas que já vinham desde 1929 e culminaram com a crise do pós-guerra, terminada em 1945, a Suprema Corte, se alinhou com as decisões de política econômica, mas não se afastou da ideia do viés substantivo do processo, impressa ao devido processo.

Desta forma a Corte sinalizou para uma tendência que iria aumentando até as calorosas decisões sobre segregação racial a partir dos anos 50 e ao longo deste período a Corte foi se afastando dos temas econômicos e um pouco menos dos sociais para o cerne das questões que giravam em torno da liberdade, da igualdade e da liberdade de expressão.

Siqueira Castro[399] comenta que "as exigências legislativas, não teriam respaldo, senão quando a lei expressasse determinada finalidade e houvesse uma adequação racional dos meios empregados aos fins desejados". Em 1955, no caso Williamson v. Lee Optical Co, a Suprema Corte entendeu ser constitucional determinada lei, que proibia os técnicos de ajustarem ou duplicarem lentes sem prescrição de médico oftalmologista.

A Corte entendeu que os meios empregados correspondiam aos fins alcançados. Aos poucos a substancialidade do devido processo, vai deixando de ser

---

398 MIGALHAS. **STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5**: Por maioria apertada, ministros finalizaram polêmico julgamento sobre execução antecipada da pena. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2--instancia--placar-foi-6-a-5. Acesso em: 24 jan. 2024.

399 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 68.

de certa forma uma aliada, nas medidas da política econômica dos governos, para se configurar em um poderoso instrumento exegético na promoção e proteção das liberdades individuais não econômicas, as liberdades públicas e os direitos políticos.

Siqueira Castro[400] informa que no caso United States v. Carolene Products Co. a Suprema Corte, entendeu que o controle judicial deveria ser menos intenso, quando em face a direitos de ordem econômica, ao passo que diante de restrições a direitos fundamentais implícitos ou explícitos no texto constitucional. Portanto, esta posição se consolida, tanto maior fosse a violação aos direitos e liberdades civis, maior seria a intensidade da proteção.

Siqueira Castro[401] faz menção ao argumento do juiz Stone, segundo o qual a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, deve reduzir em intensidade, quando estão envolvidas liberdades não econômicas. Os exemplos mais emblemáticos[402] surgirão em 1965 com o caso *Griswold v. Connnecticut* e o caso *Roe v. Wade* em 1973, Griswold versava sobre a posição da Corte que julgou inconstitucional lei que proibia a utilização de anticoncepcionais e no caso *Roe*, a discussão era sobre a proibição do aborto, posição adotada pela Corte.

Em ambos os casos ocorriam as sombras jurídicas extensivas, quando certos direitos acabem se desdobrando em outros, como o direito ao aborto sendo considerado um desdobramento do direito à privacidade.

Siqueira Castro[403] observa que toda a disputa jurídico-filosófica ilustra a extensão do devido processo legal em sua conotação substantiva, revela uma inesgotável fonte para os mais diversos arranjos hermenêuticos, ao propiciar uma combinação entre o princípio da legalidade com o princípio da razoabilidade.

A legalidade é revitalizada[404] pela extensão e dinamismo da cláusula *due process of law*, revelando-se o mais importante instrumento jurídico para a proteção das liberdades públicas nos Estados Unidos, expandindo-se para outras nações, o que permitiu colocar as Constituições a serviço da democracia e do futuro.

A cláusula do devido processo legal substancial teve diversas leituras, Siqueira Castro[405] menciona na seara criminal o caso *Papachristou v. City*

---

400 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal**... p. 69-70.
401 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal**... p. 72.
402 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal**... p. 72.
403 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal**... p. 76.
404 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal**... p. 78.
405 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal**... p. 98.

Jacksonville, julgado em 1972 pela Suprema Corte, a qual invalidou Lei municipal punitiva da vadiagem, por entender que a norma era demais vaga e imprecisa, nos termos da decisão do juiz Douglas, o que acabava autorizando o arbítrio sem controle por parte das autoridades policiais.

Siqueira Castro[406] assenta que a conflagração da lei e do sentimento de justiça se desafiam mutuamente, de tal forma que o devido processo legal acaba evoluindo para o devido processo legal substantivo cujo núcleo é a própria democracia, cerne do constitucionalismo contemporâneo, marcado pelos fatores da razoabilidade e da racionalidade, de onde surgem os questionamentos fundamentais em torno da razoabilidade e racionalidade das leis.

A Corte Constitucional italiana[407] decidiu a respeito da racionalidade da lei em sentença de 18 de abril de 1967. Quanto a cláusula do "*due process of law*" aplicada na Jurisdição Penal, esta atrai toda a legislação convencional e seu regramento sobre direitos humanos, contida tanto nos sistemas globais de proteção aos Direitos Humanos quanto aos sistemas regionais.

Portanto, o devido processo é garantia processual no sistema global da Organização das Nações Unidas e os sistemas regionais da Europa, dos Estados Americanos e da África, que o defende e promove em suas orientações consultivas, suas recomendações e suas decisões condenatórias.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos[408] e a Convenção Americana, consagram especificamente a cláusula do devido processo, dispondo a Convenção Europeia em seu artigo 5º que "toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal".

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos[409] além de incorporar a cláusula do devido processo legal, desdobra a cláusula enumerando diversas garantias específicas como as garantias judiciais[410] (art. 8º), a igualdade perante a

---

406 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal**... p. 152-153.
407 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal**... p. 174.
408 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**, 1986. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por. Acesso em: 20 jan. 2024.
409 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")**, 1969. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp. Acesso em: 20 jan. 2024.
410 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido

lei[411] (art. 24) proteção judicial[412] (art. 25), garantias judiciais[413] (art. 8º), Princípio da legalidade e da retroatividade[414] (art. 9º). A Constituição Federal de 1988[415] consagrou no art. 5º[416] uma dupla garantia que se consolidou ao longo da história do constitucionalismo, e tem sido a coluna das garantias contra o arbítrio.

A cláusula da igual proteção e a cláusula do devido processo legal, que no caso da Constituição brasileira analítica, como é acabou exteriorizando estes princípios de forma desdobrada e explícita, em um encadeamento sucessivo e

---

anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

411 Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

412 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

413 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

414 Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, quando forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

415 BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 20 jan. 2024.

416 Art. 5º - todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) :

extenso, ao enumerar diversas garantias dispondo sobre a garantia do princípio do juiz natural,[417] a previsão expressa sobre o devido processo legal[418].

O contraditório, a ampla defesa e efetividade de recursos de defesa, defesa judicial e administrativa,[419] provas ilícitas,[420] presunção de inocência,[421] publicidade do processo e preservação da dignidade do preso,[422] as condições para a prisão,[423] o direito à informação quanto ao preso,[424] a ciência de direitos e comunicação com familiares e advogado,[425] a identificação dos agentes legais responsáveis pela prisão e interrogatório,[426] a prisão ilegal,[427] os meios alternativos à prisão[428] e a vedação a prisão civil por dívida e exceções.[429]

Siqueira Castro[430] observa que a exigência de fundamentação, busca preservar a legalidade, imprimindo um senso de racionalidade e a estrutura da decisão com raciocínio jurídico, na base da subsunção, não precisa ser estritamente silogística, mas lógica sim. A intuição constante na obra de Carlos Roberto de Siqueira Castro de 1889, apenas 1 ano à promulgação da Constituição de 1988, viria a se materializar no plano da dogmática com o advento do Código de Processo Civil de 2015[431] o qual consolidou e forma de regras jurídicas a essência dos axiomas do Processo Constitucional.

---

417 LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.
418 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.
419 LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.
420 LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.
421 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
422 LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.
423 LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.
424 LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados à família do preso ou à pessoa por ele indicada imediatamente ao juiz competente.
425 LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.
426 LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.
427 LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.
428 LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
429 LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.
430 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal**... p. 293.
431 BRASIL. **Código de Processo Civil** . Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm .Acesso em: 20 jan. 2024.

Nas fases iniciais, que reconheciam nas leis e nos princípios os meios técnicos para garantir a defesa da propriedade e da liberdade,[432] institutos jurídicos fundamentais do liberalismo, encontrávamo-nos no âmbito do "devido processo" concebido explicitamente pela via da legalidade formal. Isso abrangia garantias relacionadas ao procedimento, às partes do processo, recursos e meios efetivos de defesa, adotando esses elementos no cerne de uma dimensão eminentemente procedimental.

Em um segundo momento, quando começou a ser questionada a própria racionalidade das leis, já estabelecidas as premissas da dimensão procedimental (garantias, meios de defesa, recursos etc.), passou-se a indagar sobre a finalidade que as leis buscavam atingir e até que ponto se deveria aceitar a pretensão do Estado de restringir direitos fundamentais. Nesse contexto, surge a conotação do devido processo na modalidade "substancial", dando origem à expressão "devido processo substancial", para distingui-lo do "devido processo legal".

A análise em curso não identificou na jurisprudência da Suprema Corte nenhuma preocupação classificatória. Simplesmente, a experiência e o método hermenêutico adotados na tradição norte-americana foram gradualmente construindo uma metodologia interpretativa que combinava duas perspectivas.

De um lado, havia a preocupação com a formalidade sob o viés da procedimentalidade, com a positividade que garantia a utilização de meios procedimentais para assegurar os direitos fundamentais.[433] Por outro lado, havia um profundo questionamento que envolvia a essência da própria preservação dos direitos fundamentais, no sentido de conter a intromissão estatal sem justificativa.

A razoabilidade é uma palavra-chave para abordar a temática do Processo do ponto de vista da dimensão substancial. Sebastião Tavares Pereira, argumenta que o Devido Processo Substantivo exige a observância de aspectos

---

[432] É natural que conceitos, moldados pela historicidade, evoluam ao longo do tempo. Nesse sentido, o conceito de cidadania, outrora negado aos escravos, gradualmente se expande nos Estados Unidos. A Suprema Corte, que no século XIX alegou a falta de personalidade jurídica para escravos litigarem em juízo, um século depois, passa a considerar a situação dos negros sob a ótica dos direitos civis durante as décadas de 1950 e 1960, especialmente durante as grandes campanhas dos afro-americanos na América do Norte. Essa trajetória reflete a essência do constitucionalismo, caracterizado por uma inclusão progressiva e contínua de direitos.

[433] Até este ponto do estudo, a utilização do termo "direitos fundamentais" ainda não foi abordada criticamente nem analisada à luz da dinâmica dos precedentes da Suprema Corte. O curso da hermenêutica constitucional desenvolvida passará a empregar a categoria de "direitos fundamentais" ao diferenciar entre direitos comuns dos cidadãos e aqueles considerados absolutamente imprescindíveis. Nesses momentos, a abordagem constitucional se distingue de maneira específica.

procedimentais básicos, ao mesmo tempo em que aponta para a necessidade de conter o poder estatal diante de direitos subjetivos básicos substantivos, como a liberdade de expressão e crença. É neste ponto que reside a substancialidade.

Pereira[434] oferece um exemplo didático para ilustrar a aplicação desses conceitos, o qual será reproduzido aqui. O autor menciona uma decisão hipotética em âmbito administrativo que, ao anular o confisco de medicamentos de uma farmácia, desmembra o processo decisório em duas partes.

A primeira parte se refere à necessidade de defesa técnica do prejudicado, caracterizando-se como uma questão procedimental (devido processo legal). A segunda parte envolve a controvérsia sobre "se o confisco foi devido", considerando outras possibilidades menos gravosas, como uma multa, por exemplo. Essa discussão se situa no âmbito do devido processo substantivo.

A partir de 1887, conforme registrado por afirmam John E. Nowak, Ronald. D. Rotunda, *apud* Pereira,[435] a Suprema Corte dos Estados Unidos começou a avaliar a relação entre a lei e seus alegados objetivos, identificando-se aí a natureza substancial do Processo. Uma lei precisava ter uma relação substancial com a proteção da saúde, da moral ou da segurança pública para que a Corte a considerasse um válido exercício do poder regulamentar do Estado.

Era necessário que existisse uma pertinência essencial com o interesse público que demandava a proteção à saúde, à moral privada e pública, ou à segurança pública. Além disso, a regra deveria ser razoável e os fins deveriam ser proporcionais aos meios.

Na decisão do caso *Allgeyer v. Louisiana* (1897),[436] a Suprema Corte manifestou a intenção de utilizar a Doutrina do Devido Processo Substantivo para anular qualquer legislação econômica ou social que a Corte considerasse uma restrição não razoável[437] à liberdade de contratar. O mecanismo interpretativo estabelecido baseava-se na ideia de que o governo deveria empregar meios, neste caso, leis, que apresentassem alguma razoável relação com um fim legítimo.[438]

---

[434] PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

[435] PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.208-209.

[436] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897)**. Disponível em: https://bit.ly/48NcAd4. Acesso em: 15 maio 2023.

[437] BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. **Constitutional Law in a nutshell**. 10. ed. Minnesota: West Publishing Co., 1986, p. 175.

[438] NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 4. ed. Minnesota: West Publishing

Os juízes precisavam ser convencidos de que a regulação realmente promovia a saúde, a segurança ou algum outro interesse público relevante para que a lei restritiva da liberdade fosse mantida. Esse critério suscitou um grande debate que perdura até hoje. Esse mecanismo não apenas associa a razoabilidade, mas também inclui dois outros requisitos: a inversão do ônus probatório e a legitimidade do fim almejado. Esse fim somente existiria se estivesse vinculado à saúde, à segurança ou a algum outro interesse público relevante. Além disso, aplicava-se às questões relacionadas aos aspectos das tradições e costumes milenares do *Common Law*.

Apesar de haver precedentes que avançavam gradualmente para uma configuração conceitual mais robusta da substancialidade do Processo, o caso apontado como mais significativo e determinante nesse sentido foi o caso *Lochner v. New York*, apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1905. A estrutura fática desse precedente consistia na discussão sobre uma lei de Nova York[439] que limitava a jornada de trabalho dos empregados a 60 horas semanais, não podendo exceder 10 horas diárias.

O proprietário de uma padaria chamado Lochner desobedeceu à lei, permitindo jornadas de trabalho além do limite estabelecido, e, como consequência, foi condenado às penas da lei.[440] O caso que sedimentou clara e firmemente o entendimento na Suprema Corte, Lochner v. Nova York, 198 U.S. 45 (1905),[441] chegou à Suprema Corte,[442] que trabalhou com a regra impeditiva de um lado e, do outro, a "liberdade do empregador" e "do empregado".

Assim, ocorrendo uma violação, a XIV Emenda à Constituição norte-americana, a cláusula do devido processo, indicava que o Estado teria o direito de interferir nos contratos por meio da lei se esta visasse a um bem jurídico equivalente ou maior, como no caso da necessidade de defender mais o direito à vida ou à saúde do que o direito ao trabalho. Fora isso, o Estado deveria retroceder e permitir que prevalecesse a liberdade contratual.

Por maioria, foi decidido que a lei interferia indevidamente na liberdade

---

Co., 1991, p. 442.

[439] Estatuto *Bakeshop Act.*

[440] Foram lançadas duas multas, sendo a primeira no valor de US$ 25,00 e uma segunda cobrança, no valor de US$ 50,00. Foi em relação a esta segunda multa de maior valor que o autor Lochner apelou e chegou à Suprema Corte, pois o apelo foi negado na Corte Estadual.

[441] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)**. Disponível em: https://bit.ly/3HvaYbV. Acesso em: 24 jan. 2024.

[442] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)** ...

contratual entre patrão e empregado, não sendo racional o argumento de que a jornada de trabalho prejudicasse a vida ou a saúde do empregado. A Corte entendeu[443] que o limite do poder de polícia foi "atingido e ultrapassado", não havendo fundamento razoável para concluir que a aplicação da lei foi necessária ou adequada para proteger a vida ou a saúde dos trabalhadores da panificação. Foi considerado necessário mais do que o mero fato da possível existência de uma pequena insalubridade para justificar a interferência legislativa na liberdade contratual.

Observe-se que, naquelas circunstâncias, não foi identificado que o trabalho diário acima de 10 horas por dia ou 60 horas por semana implicasse em risco à saúde ou à vida do trabalhador padeiro. Isso ocorreu em um período que coincidia com processos de imigração europeia, durante o qual o capitalismo estava em construção e expansão, sem haver estudos sobre as relações entre jornada de trabalho, qualidade de vida e condições de trabalho, como é comum atualmente.

A 14ª Emenda à Constituição Norte-americana justificava a proteção de direitos fundamentais ou naturais e, portanto, a anulação de leis estaduais restringindo tais direitos, exercia uma grande proteção contra regulamentações arbitrárias e não razoáveis.[444] As ideias de razoável e proporcional são dotadas de maior carga semântica quando os casos legais versam sobre a concessão de privilégios e direitos, os quais sempre encontrarão limites no que é razoável ao bem público e ao senso de justiça.

O juiz Oliver Holmes[445] afirma que só se poderia invalidar uma lei quando um homem justo e racional admitisse que ela infringiria princípios fundamentais, como tinham sido concebidos pelas tradições do "nosso" povo e do "nosso" direito. Portanto, "sob a ótica do devido processo substantivo", se o Estado falhasse em "justificar adequadamente uma regulação particular do trabalho como uma medida do poder regulamentar apropriada", a Suprema Corte invalidaria a lei como 'violadora' do devido processo".[446]

---

[443] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)**.

[444] PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 208-209.

[445] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)**. Disponível em: https://bit.ly/3HvaYbV. Acesso em: 24 jan. 2024.

[446] NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 4. ed. Minnesota: West Publishing Co., 1991, p. 444.

A essência da substancialidade consiste em justificar adequadamente uma regulação visando a efetiva intenção e razão de ser da norma. Ao lado do teste da razoabilidade, com o ônus da prova entregue ao Estado, pôs-se a obrigação deste demonstrar a existência de uma relação real ou substancial da lei ou atos atacados com um objetivo ligado à saúde, à moral ou à segurança pública, ou outras finalidades do Estado, fins legítimos para a ação do Estado liberal.[447]

Qualquer atuação do Estado-Poder que não mantenha essa estreita identificação do trabalho do legislador com os reais interesses da população (políticas públicas/bem-estar da população) para quem esses legisladores legislam, e em virtude de quem têm sua existência política garantida pela Constituição, não deve prosperar. Isso porque tal atuação viola a cláusula do devido processo[448] substantivo, inerente a todos os regimes democráticos de direito.

Esse argumento de agressão ao devido processo substantivo, quando confrontado com leis desarrazoadas em relação aos princípios democráticos e republicanos que sustentam a moralidade, a justiça social e a impessoalidade, seria mais do que suficiente para o Poder Judiciário cassar aposentadorias de parlamentares que não representem uma expressão de justiça previdenciária, anular aumentos de vencimentos quando desproporcionais ao aumento do salário-mínimo, assegurado a todos os trabalhadores, e tantos outros privilégios incompatíveis.

São incompatíveis com o sistema republicano, pois a República surgiu, inicialmente, para rejeitar as características indesejáveis da monarquia, tais como o poder vitalício, hereditário, sem alternância e concentrado nas mãos do executivo. O regime político democrático pressupõe igualdade e dignidade, sendo o Estado e seus servidores, de fato, súditos do povo e não o contrário.

Constata-se, dessa forma, que os privilégios de castas deveriam ser incompatíveis com a Democracia, assegurados a alguns em prejuízo de toda a coletividade. Além disso, é incompatível com a noção de dignidade e justiça aplicar a lei de tal forma que, de sua aplicação, resultem absurdos e injustiças ainda maiores. Por exemplo, as autoridades determinam que pessoas que vivem nos lixões públicos reciclando lixo a céu aberto, por questões de saúde e segurança alimentar, não mais tenham acesso a este trabalho, ao lixo e aos alimentos jogados no lixo por questões de "saúde".

---

[447] SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 69.
[448] SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 428.

No exemplo apresentado, o resultado da aplicação da lei é injusto, pois aquelas famílias não terão outro lugar nem para buscar a sobrevivência nem para se alimentar. Por outro lado, se a atitude das autoridades, seja no sentido de assegurar mecanismos de reciclagem com mais higiene, seja no sentido de realocar essas famílias ou lhes assegurar alimento ou algum tipo de renda, seria uma política social razoável. Contudo, fechar uma porta, um caminho mesmo que íngreme, para lhes dar um "nada" de esperanças não tem sentido à luz dos valores republicanos e democráticos, conquanto possa parecer estar-se aplicando a lei.

Recorde-se aqui a lapidar frase de Anatole France, citado por Gustav Radbruch:[449] "a majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de furtar pão". Se o Devido Processo Legal autoriza e justifica em certa medida os exemplos supra elencados porque, quanto à formalidade, os atos obedeceram aos ritos legais (aposentadorias superprivilegiadas de deputados ou aumento dos próprios salários de vereadores), o Devido Processo Substancial passa a considerar mais um elemento, ou seja, qual a relação daquele ato administrativo ou daquela determinada lei com os fins do interesse público, do bem geral?

Vincula-se a processualidade a um "direito democrático", fazendo com que o Devido Processo seja substituído pelo Devido Processo de ordem constitucional, incorporando fins e valores constitucionais. Tem-se então o Devido Processo Substancial ao correlacionar as finalidades públicas, republicanas consolidadas no direito democrático.

A garantia do devido processo começou a ser interpretada de forma mais restrita em relação aos casos criminais, e isso ocorreu muito tempo após a vigência da 14ª Emenda norte-americana. Saul Tourinho Neto Leal[450] observa que a jurisprudência norte-americana ao longo da década de 1960 foi muito importante, pois foram fixadas as bases pelas quais "o devido processo legal" em matéria penal se desenvolveria significativamente.

Tourinho Neto[451] faz um apanhado de diversos julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos, como se demonstra a seguir. No caso *Mapp v. Ohio*, *367 U.S.*

---

[449] RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 107-108.

[450] LEAL, Saul Tourinho. **A salvação da Lava Jato é a Constituição**. Disponível em: https://bit.ly/4bs1Gvg. Acesso em: 01 out. 2019.

[451] LEAL, Saul Tourinho. **A salvação da Lava Jato é a Constituição**...

643 (1961),[452] determinou-se que o mandado de busca e apreensão somente poderia ser expedido por autoridade judicial, afastando a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Essa decisão estendeu aos Estados a "*exclusionary rule*" (vedação do uso de provas ilícitas), que a Corte já havia imposto às autoridades federais no caso *Weeks v. United States, 232 U.S. 383* (1914).[453]

Não seriam as violações à Constituição em nome da consolidação do poder do Estado que asseguram a democracia, mas sim a estrita observância das leis, o que não ocorreria caso se admitisse o uso de provas obtidas por meios contrários ao Direito. No caso *Gideon v. Wainwright*, *372 U.S. 335* (1963),[454] anulou-se decisão que não assegurou advogado ao réu sem condições de contratar um Advogado.

No caso *Fay v. Noia*, *372 U.S. 391* (1963),[455] reconheceu-se que a confissão no processo criminal não é prova suficiente para condenação em processo criminal.

No caso *Townsend v. Sain, 372 U.S. 293* (1963),[456] proibiu-se a utilização de provas obtidas por meio ilícitos, especificamente a confissão decorrente de ingestão de drogas prescritas, a acusados, por médico integrante do corpo policial. No caso *Malloy v. Hogan*, *378 U.S. 1* (1964),[457] declarou-se a inconstitucionalidade da instigação à autoincriminação dos acusados por parte de autoridades públicas sem ampla liberdade e voluntariamente. No caso *Escobedo v. Illinois*, *378 U.S. 478* (1964),[458] foi declarado inconstitucional o depoimento tomado de acusado sem a presença do advogado.

No caso *Griffin v. California*, 280 U.S. 609 (1965),[459] a Suprema Corte anulou a condenação do réu a qual se chegou por conta do único embasamento da convicção dos jurados a partir do silêncio do acusado, orientada pelo juiz do caso.

---

[452] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)**. Disponível em: https://bit.ly/3SaaLjw. Acesso em: 15 maio 2023.

[453] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)**. Disponível em: https://bit.ly/3OhpOGK. Acesso em: 15 maio 2023.

[454] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963)**. Disponível em: https://bit.ly/48SMOnI. Acesso em: 15 maio 2023.

[455] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Fay v. Noia, 372 U.S. 391 (1963)**. Disponível em: https://bit.ly/3HBpZsG. Acesso em: 15 maio 2023.

[456] SUPREMA CORTE dos Estados Unidos. **Townsend v. Sain, 372 U.S. 293**. Disponível em: https://bit.ly/49b6IKp. Acesso em: 15 maio 2023.

[457] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964)**. Disponível em: https://bit.ly/42pLnuQ. Acesso em: 15 maio 2023.

[458] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964)**. Disponível em: https://bit.ly/42ixvSS. Acesso em: 15 maio 2023.

[459] JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Griffin v. California, 280 U.S. 609 (1965)**. Disponível em: https://bit.ly/3ujHpXN. Acesso em: 15 maio 2023.

No caso *Miranda v. Arizona*, *384 U.S. 436* (1966),[460] a Suprema Corte definiu que declarações incriminatórias obtidas em interrogatório policial só poderiam ser admitidas como prova se o acusado "fosse previamente informado de seu direito de permanecer calado, de que qualquer coisa que dissesse poderia ser usada contra ele, de que teria o direito à presença de um advogado e de que, se não pudesse pagar ao advogado, teria direito a um fornecido pelo Estado".

No caso *In Re Gault*, *387 U.S. 1* (1967),[461] impôs-se a aplicação do devido processo legal aos menores submetidos a processo criminal, especificamente a observância de cautelas[462] específicas relacionadas ao comportamento peculiar da criança e do adolescente, bem como o direito ao advogado. No caso *Skaggs v. Larsen, 396 U.S. 1206* (1969),[463] estabeleceu-se a necessidade de observância do princípio do devido processo legal no processo criminal de apuração de infração militar em processo administrativo.

No caso *Johnson v. Avery*, *393 U.S. 384* (1969),[464] foi declarado inconstitucional o dispositivo que punia presidiários que ajudassem os demais na elaboração de ações judiciais, especialmente o *Habeas Corpus*. Para a Suprema Corte, a interpretação constitucional quanto ao uso do *Habeas Corpus* deveria ser a mais ampla possível. No caso *Harrys v. Nelson*, *394 U.S. 286* (1969),[465] a Suprema Corte admitiu a impetração de *Habeas Corpus* em quaisquer espécies de violação ao direito de liberdade de locomoção.

Tourinho Leal,[466] ao apresentar o apanhado de julgados junto à Suprema Corte dos Estados Unidos, supra elencados, assentou que a Corte interpretou intensamente a Constituição e a 14ª Emenda, ressaltando o devido processo legal

---

460 US COURTS. **Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)**. Disponível em: https://bit.ly/3SmeWJ5. Acesso em: 15 maio 2023.

461 US COURTS. **In Re Gault, 387 U.S. 1 (1967)**. Disponível em: https://bit.ly/3UkEUPU. Acesso em: 15 maio 2023.

462 Ficou estabelecida a obrigatoriedade de comunicação prévia por escrito ao jovem, assim como aos seus pais ou tutores, que deve incluir a descrição da infração sob investigação e a advertência sobre a importância de comparecer acompanhado por um advogado. Além disso, a confissão feita pelo jovem passou a ser tratada com maior cautela em comparação com adultos, dado que o jovem ainda está em processo de formação psicológica.

463 JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Skaggs v. Larsen, 396 U.S. 1206 (1969)**. Disponível em: https://bit.ly/3UbyvWS. Acesso em: 15 maio 2023.

464 JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Johnson v. Avery, 393 U.S. 384 (1969)**. Disponível em: https://bit.ly/4bcOfit. Acesso em: 15 maio 2023.

465 JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897)**. Disponível em: https://bit.ly/48NcAd4. Acesso em: 15 maio 2023

466 LEAL, Saul Tourinho. **A salvação da Lava Jato é a Constituição**. Disponível em: https://bit.ly/4bs1Gvg. Acesso em: 01 out. 2019.

de índole penal e que os julgados seriam frutos da "Corte de Warren".[467] O presidente da Suprema Corte é denominado "*Chief Justice*".

O juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, William Brennan, apontado como a liderança intelectual da Corte em seu período, se referia à Presidência do juiz Earl Warren fazendo uso do termo "*Super Chief*" para enfatizar a liderança do grande condutor daquele Tribunal durante a metade dos anos 1950 até quase o final dos anos 1960, como noticiado por Bernard Schwartz.[468]

O Chefe de Justiça e juiz Earl Warren não era um acadêmico na acepção rigorosa do termo, como muitos dos demais juízes da Suprema Corte, mas sua influência naquele Tribunal e os efeitos irradiadores de suas decisões para o resto do mundo nos anos 1950 e 1960 até hoje ecoam. Bernard Schwartz aponta que não era costumeiro na história daquele Tribunal a coincidência de que os grandes juízes fossem também grandes juristas e vice-versa, como apontado por Bernard Schwartz.[469]

Contudo, foi a sua grande e especial concepção do papel político e histórico da Corte nos anos em que transcorriam e sua atuação sob esta perspectiva que mudou radicalmente a história daquela grande Instituição. Sob a sua liderança, o Tribunal construiu capítulos inovadores que se perenizavam na história universal do Direito, devido ao grande protagonismo que passou a ter num momento crítico da história dos direitos humanos, especialmente no tocante à história dos direitos civis na América do Norte.

Neste sentido, deve ser compreendida a expressão "Corte Warren", evocando este especial momento vivido nos Estados Unidos da América. O país enfrentou as mais variadas demandas em relação aos direitos civis, sendo a questão da segregação racial uma das mais candentes. Não se pode esquecer que o preço da libertação dos escravos naquele país foi uma guerra civil que rasgou o coração daquela grande nação em duas partes, cujas marcas de tal cisão ainda hoje permanecem, passados mais de 150 anos desde o início da guerra em 1861, que terminou em 1865.

---

[467] Como se chamam os mandatos de presidentes junto à Suprema Corte dos Estados Unidos: no caso, o presidente era o "*Chief Justice*" Earl Warren, de 1953 a 1969.

[468] BRENNAN JR., William J. A personal remembrance. *In*: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) **The Warren Court**: a retrospective. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 8-11.

[469] SCHWARTZ, Bernard (Ed.) **The Warren Court**: a retrospective. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 258.

Willis Santiago Guerra Filho[470] analisa o princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental que se atrita com outro direito fundamental. Demandando, na medida da possibilidade jurídica e fática, se desmembra em três princípios parciais: "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" ou "máxima do sopesamento", "princípio da adequação" e "princípio da exigibilidade" ou "máxima do meio mais suave".

Guerra Filho entende que o "princípio da proporcionalidade em sentido estrito" determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, de forma que seja *juridicamente* a melhor possível, preservando o "núcleo ou conteúdo essencial" do direito fundamental em disputa, evitando o desrespeito à dignidade humana.

Mesmo em caso de desvantagens para o "interesse de pessoas, individual ou coletivamente", considera-se que as vantagens para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do *faticamente* possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, "adequado". Além disso, esse meio deve se mostrar "exigível", o que significa não haver outro meio igualmente eficaz e menos danoso aos direitos fundamentais.

A Constituição Portuguesa de 1976,[471] art. 18, determina que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição. Acrescenta ainda que "as restrições" devem se limitar ao "necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

O princípio da proporcionalidade na doutrina alemã estaria relacionado à ideia de uma determinada finalidade a ser alcançada na Constituição, que poderia ser atingida por diversos meios. O meio escolhido deveria ser adequado para atingir o resultado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Essa noção de proporcionalidade se subdividiria em sentido estrito, adequação e exigibilidade.

---

[470] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 48-53.

[471] PORTUGAL. Parlamento. **Constituição Portuguesa**: artigo 18 – força jurídico. Disponível em: https://bit.ly/3vOvwJW. Acesso em: 2 jun. 2023.

Guerra Filho[472] assenta que a exigibilidade do meio seria aferida quando este se mostra como o "mais suave" dentre tantos outros meios, devendo revelar-se como o menos agressivo aos bens e valores constitucionalmente protegidos. Finalmente, haveria o respeito à proporcionalidade no sentido estrito quando o meio empregado se mostra mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, contanto que haja o mínimo desrespeito a outros valores que se contrapõem, respeitando-se o mínimo essencial de cada direito.

O mencionado autor[473] explica que os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade, por seu turno, determinam que, dentro do *faticamente* possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, "adequado". Além disso, esse meio deve se mostrar "exigível", o que significa não haver outro meio igualmente eficaz e menos danoso aos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade revela-se fundamental no sentido de ser um verdadeiro *topos* argumentativo, expressando um pensamento aceito como justo e razoável de modo geral, com comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas. Não só no Direito em seus diversos ramos, mas também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo. Nesse sentido, decidiu o Tribunal Constitucional alemão, segundo Guerra Filho:[474]

> O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

Teria sido o pós-guerra um momento para se buscar algo além da obediência cega às determinações legais, levando à busca por outras fontes que não apenas as legislativas, estabelecendo critérios para a correta aplicação do direito. As aplicações no âmbito do Direito são de grande amplitude. A partir dessas noções de proporcionalidade, discute-se, por exemplo, no âmbito do Processo, os

---

[472] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 48-53.
[473] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**... p. 49.
[474] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**... p. 49.

limites e alcances da cobrança de uma dívida, onde contrastam, de um lado, a propriedade e, do outro, a dignidade humana.

Outra situação retratada seria o caso de uma indenização que levasse em consideração as condições econômicas do autor ou do réu, ou ainda os embates entre ter liberdade de pensamento em face à privacidade da outra parte, e assim por diante. Essa situação se manifesta em todas as dimensões dos direitos, seja para graduar uma pena, determinar regras sobre a guarda de um filho ou estabelecer uma indenização trabalhista, entre inúmeras outras situações. Aqui, a ideia de proporcionalidade é mais refinada, como será visto adiante, com implicações do ponto de vista do rigor técnico-científico que vão além do senso comum da comunidade jurídica.

Para Aristóteles, pioneiro na análise do pensamento tópico,[475] os "*topoi"* aplicam-se não só a assuntos político e jurídicos, mas a todos os temas em geral. O termo grego *topos* tem a ver com lugar. No Direito, a questão foi introduzida de forma aprofundada a partir dos trabalhos de Theodor Viehweg.[476] A ideia de proporcionalidade, em princípio, pode ser tomada como expressão do senso comum da comunidade, sendo assim um lugar comum.

Contudo, o princípio da proporcionalidade é revestido de uma complexidade bem maior, na medida em que é assimilado por técnicas hermenêuticas mais densas, sendo o veículo para aplicar os direitos fundamentais. Canotilho,[477] nesse sentido, destaca alguns elementos que identificam a natureza, os regimes, os princípios e os critérios hermenêuticos no tocante aos direitos fundamentais, contextualizados no Direito constitucional português.

É importante observar que a Constituição portuguesa de 1976 traz elementos da experiência constitucional alemã e norte-americana, como expressamente admite o autor ao mencionar que seu estudo sobre a Teoria da Constituição voltado ao Direito português é dedicado a Konrad Hesse, de quem foi discípulo.

---

[475] O filósofo grego emprega o termo "topos" para exemplificar a ideia de "lugares comuns ou princípios gerais". Esses "lugares comuns" representam a concepção de que existem consensos sobre determinados assuntos, situados em áreas compartilhadas na sociedade, e podem ser aplicados em várias situações argumentativas.

[476] VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

[477] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 7.

Isso sugere elementos aproximativos da cultura jurídica germânica e admite uma maior abertura aos postulados jurídicos e constitucionais norte-americanos, definindo expressamente um certo marco cultural daquela clássica investigação constitucional que tanto influenciou a primeira geração de juristas contemporâneos da Constituinte de 1988 e ainda o faz com brilho e distinção.

Gomes Canotilho[478] assenta que a natureza da "fundamentalidade" dos direitos se bifurca em duas dimensões, uma formal e outra material. A fundamentalidade formal, em regra associada à ideia de constitucionalização, pode ser compreendida em quatro níveis diversos: (1º) as normas de direitos fundamentais, com hierarquia constitucional mais elevada, (2º) podem submeter-se a procedimentos de revisão, (3º) enquanto normas incorporadoras de direitos fundamentais passam a ser elas mesmas limites materiais à revisão, (4º) vinculam os poderes públicos de imediato e servem de parâmetros materiais para escolhas, decisões ou controles no âmbito administrativo e jurisdicional.

No tocante à fundamentalidade material, leciona o constitucionalista português[479] que o conteúdo dos direitos fundamentais constitui e fundamenta o próprio Estado e a sociedade, mesmo em casos em que não se trata de Constituições escritas, como nas tradições constitucionais da Inglaterra, por exemplo.

Quanto à função dos direitos fundamentais, Canotilho[480] afirma que a funcionalidade primeira em relação aos direitos essenciais, como liberdades e garantias, é a defesa da dignidade da pessoa humana perante os poderes do Estado. Isso objetivamente pode ser compreendido como competência negativa para os poderes públicos, determinando um "não agir" estatal, e no plano subjetivo assegura o exercício positivo dos direitos fundamentais (liberdade positiva) e o direito de exigir a omissão do poder público em certas circunstâncias (liberdade negativa).

Um exemplo positivo seria a expressão do pensamento, enquanto um exemplo negativo seria o dever do Estado de se omitir e não censurar[481] o teor da liberdade de expressão ativa, como vedado pelo art. 37 da Constituição portuguesa.

---

[478] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 379.
[479] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 379.
[480] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 407.
[481] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 408.

Quanto à sistematização da exposição dos direitos fundamentais, Canotilho explica que, em relação à Constituição portuguesa[482] de 1976, foi estabelecido um regime geral dos direitos fundamentais, sem distinguir a natureza, seja de direitos de liberdade ou de garantias, econômicos e sociais, individuais ou coletivos, concentrados em um ponto específico ou espargidos ao longo do texto constitucional.

Esse catálogo de direitos fundamentais, ao não distinguir as liberdades e garantias de natureza semelhante, apresentava inclusive um desdobramento entre o regime geral (aplicável a todos os direitos) e um regime especial (próprio dos direitos, liberdades e garantias, e dos direitos assemelhados), os quais se complementam. Não foi criado nenhum outro sistema particular para os direitos econômicos, sociais e culturais.

Ao lado da metodologia explicitada por Canotilho,[483] também integra aquele sistema constitucional o princípio da proibição do excesso (art. 18, § 2º da Constituição portuguesa). Este funciona como um "subprincípio" para consolidar ainda mais o Estado de direito democrático, consistindo na ideia de que qualquer restrição a direitos operada via legislativa deve ser proporcional e não excessiva.

Deve ser dotada de três características essenciais: a adequabilidade, precisa ser apropriada; a necessariedade, precisa ser exigível; e a proporcionalidade, precisa se dar na justa medida. Estas três dimensões se complementam e se estruturam de tal forma que uma determinada lei, mesmo que adequada, pode não ser necessária, ou se adequada e necessária, pode não alcançar a finalidade prevista em lei ou mesmo pela própria Constituição.

Assim, pode-se alcançar as finalidades sem incorrer nos riscos de uma atuação desnecessária, inadequada ou mesmo desproporcional, de onde provém a compreensão dos estágios de proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade em sentido restrito implica na utilização da "justa medida", pois mesmo que adequada e necessária, pode ser inconstitucional quando se revela desproporcional aos resultados obtidos, resultando em inconstitucionalidade.

O princípio da proporcionalidade no sentido amplo, ou também a proibição do excesso, implica numa "limitação constitucional" à liberdade de conformação do legislador. Parte do pressuposto de que toda restrição de direitos, liberdades e

---

[482] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 415.
[483] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 457.

garantias visando determinada finalidade deve atentar para outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, revelando uma discricionariedade vinculada a esta avaliação em conjunto.

Gomes Canotilho[484] explica que entre a autorização da Constituição para uma dada restrição através de uma lei e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim, impõe-se um liame vinculante entre fins e meios.

Mesmo estando claro este liame vinculativo entre fins e meios, o legislador deve estar vinculado ao princípio material da proibição do excesso, gerando uma complexidade no caso do controle concreto da constitucionalidade. Isso implica numa gradação de intensidade, exigindo-se, ao ver de Canotilho,[485] uma relativa prudência quanto à aplicação do princípio da proibição do excesso.

Há um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias dotado de inviolabilidade absoluta, cujo objeto de proteção ou o valor da proteção é discutido. Quanto ao objeto da proteção, Canotilho[486] assenta que, pela teoria objetiva, a proteção se dá com base numa norma objetiva e não como direito subjetivo individual.

Segundo Canotilho,[487] o direito de acesso aos tribunais, a garantia da via judiciária, o direito ao processo e uma decisão fundada no direito são compatíveis com a exigência de pressupostos processuais. O direito à tutela jurisdicional implica na existência de requisitos legalmente exigidos. Contudo, o devido processo é avesso à ideia de "exigências legais de pressupostos processuais desnecessários, não adequados e desproporcionados".

Para Canotilho,[488] o direito ao processo implica na proibição de requisitos processuais desnecessários, na exigência de fixação legal prévia dos requisitos e pressupostos processuais dos recursos e ações, e no saneamento de irregularidades processuais como exigência do direito à tutela judicial.

Para Canotilho,[489] as revisões constitucionais de 1989 e de 1997 densificaram melhor o direito de acesso à justiça administrativa para tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados. O titular deste direito continua a ser o particular enquanto administrado.

---

[484] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 458.
[485] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 458.
[486] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 459.
[487] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 498.
[488] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 499.
[489] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 505

Todavia, os preceitos constitucionais garantidores do acesso à justiça pretendem deixar claro que a proteção jurisdicional administrativa de posições subjetivas (direitos e interesses) é sempre admitida. Essa proteção não se limita à adoção de meios específicos de impugnação (por exemplo, recurso contencioso) ou à existência de determinadas formas de atuação da administração (por exemplo, atos administrativos).

Neste sentido, fala-se hoje do princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa: a qualquer ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos e a qualquer ilegalidade da administração deve corresponder uma forma de garantia jurisdicional adequada (arts. 268, §§ 4º e seguintes). Segundo Canotilho,[490] a autonomização do direito de acesso à justiça administrativa impõe constitucionalmente a institucionalização de ações a título principal e não meramente subsidiário.

Essas ações (declarativas, condenatórias, constitutivas) devem ser adequadas à garantia jurisdicional dos administrados, mesmo que tenha de se recorrer à aplicação analógica das normas de processo civil. A revisão de 1997 consagrou definitivamente a eliminação do clássico princípio da tipicidade das formas processuais de contencioso administrativo e a relativização do princípio tradicional da decisão prévia.

No tocante à garantia de acesso ao sistema constitucional, segundo Canotilho,[491] não existe, no sistema jurídico-constitucional português, um processo de "queixa constitucional" nos moldes de um "Recurso de Amparo", abrindo caminho para que o cidadão, uma vez lesado nos seus direitos fundamentais, apele diretamente para um Tribunal constitucional (em condições a regular pelas leis de organização, funcionamento e processo).

Todavia, segundo Canotilho,[492] sob uma perspectiva de controlo subjetivo, é possível suscitar a questão da inconstitucionalidade nos feitos submetidos à decisão do juiz, havendo o direito de recurso para o Tribunal Constitucional.

Quanto à extrapolação transfronteiriça dos direitos, Canotilho explica que o art. 52, § 3º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (e art. II-53 no Projeto de Constituição para a Europa) estabelece, em sede de direitos

---

[490] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 506.
[491] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 507.
[492] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 507.

fundamentais, o princípio da melhor tutela, não se podendo reduzir o nível de proteção dos direitos fundamentais assegurado pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelas Constituições dos Estados-membros (conforme art. 53). No entanto, se a Constituição garantir uma proteção mais extensa ou ampla, aplica-se a norma de direito interno, daí a expressão "melhor tutela". Determina o referido documento internacional:[493]

> **Art. 53.** Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

Normas com teor semelhante podem ser encontradas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos,[494] previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao dispor:

> **Art. 29.** Norma de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
> a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
> b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
> c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
> d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Aplica-se em todas estas estruturas normativas o princípio da melhor tutela, não se podendo reduzir o nível de proteção dos direitos fundamentais, nem se pode excluir, nem se pode reduzir. Daí decorre uma certa fungibilidade, sendo sempre possível manusear os princípios que asseguram os direitos. Não importa aqui a noção hierárquica, mas sim a natureza e a função dos direitos, sua funcionalidade no sentido de se verificar, no caso concreto, qual norma melhor socorre o direito em questão.

---

[493] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Roma: 1950. Disponível em: https://bit.ly/3OinKyu. Acesso em: 31 maio 2023

[494] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://bit.ly/48MRNpZ. Acesso em: 30 maio 2023.

Quanto às dimensões dos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade[495] assinala as diversas perspectivas pelas quais se pode fazer menção a direitos fundamentais. Assim, podem ser entendidos enquanto direitos naturais de todos os homens, não importando o tempo e o lugar, adotando-se uma perspectiva filosófica. Ou ainda como direitos situados e datados se estiverem no Estado concreto ou numa comunidade de Estados, numa perspectiva constitucional. Também podem ser vistos como direitos essenciais considerando a pessoa humana num determinado tempo, em todos os lugares ou nas grandes regiões do mundo, adotando-se a perspectiva universalista ou internacionalista.

Andrade[496] assinala que os direitos fundamentais podem ser compreendidos como anteriores ao Estado e à sociedade, tomando um contorno filosófico que somente depois passaram a integrar o ordenamento positivo ou mesmo as práticas jurídicas das sociedades políticas. Sob o ponto de vista jurídico, podem ser identificados com o surgimento do direito natural.

O conceito de direito natural surgiu da influência de filósofos estoicos como Cícero, em um contexto de escravatura em que "se perdiam os horizontes da humanidade". É confuso compreender os direitos fundamentais por este ponto de vista, pois se negava a existência da ideia de direitos do homem.

Apesar de estar presente neste período as raízes do humanismo[497] e mesmo o cristianismo como uma grande fonte do humanismo moderno, não era capaz de ensejar uma concepção de direitos humanos fundamentais tal qual é compreendida atualmente, pois não havia ainda o conceito de sujeito de direitos públicos, não havia os direitos subjetivos.[498]

O conceito de direitos fundamentais[499] foi alterando, perpassando o momento histórico da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,[500]

---

[495] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15.

[496] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 15.

[497] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 17.

[498] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 18.

[499] O autor não estabelece uma distinção conceitual clara entre direitos humanos e direitos fundamentais, utilizando os termos de forma intercambiável. Nesse contexto, sua abordagem é comentada apenas com o objetivo de ser o mais preciso possível na descrição dos conceitos apresentados.

[500] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 19.

pela ideia de direitos inalienáveis trazidos pela declaração da independência dos Estados Unidos.[501]

Isso fez despontar conceitos absolutos, imutáveis e atemporais, que ainda hoje são relembrados na aplicação de normas positivas relacionadas a direitos fundamentais. No passado, esses conceitos se revestiam das noções de Direito natural, e, nesse sentido, justifica-se dizer que os direitos fundamentais são "anteriores ao Estado e à sociedade" por pertencerem à ordem moral e cultural, fundamentando e justificando a própria sociedade e o Estado.[502]

Segundo Andrade,[503] após a Segunda Guerra Mundial intensificou-se a necessidade de criar uma comunidade internacional com mecanismos jurídicos eficientes para proteger os direitos fundamentais dos cidadãos nos diversos Estados.

Mesmo que em menor grau, tal preocupação já tivesse surgido durante a Sociedade das Nações para proteger minorias religiosas, culturais ou raciais, o que levou à positivação no plano internacional da proteção de tais direitos a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 e dos Pactos Internacionais em 1966 sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, e sobre os direitos cívicos e políticos. Além disso, diversas convenções também tratam de direitos fundamentais.

No continente americano, surge a Convenção Americana dos Direitos do Homem, implementada em 1969 a partir do Pacto de São José da Costa Rica, entrando em vigor em 1978. Na Europa, criou-se no âmbito do Conselho da Europa a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem em 1950, entrando em vigor em 1953, também com protocolos adicionais. Essa convenção foi completada em 1961 pela Carta Social Europeia, em vigor desde 1965, em que também se estabelecem direitos econômicos, sociais e culturais, conforme relata Andrade.[504]

Andrade informa que no continente africano surge a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, em vigor a partir de 1986 e assinada em 1981.

---

501 ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 19.

502 ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 19-20.

503 ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 21.

504 ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 27.

No continente asiático, devido à falta de uma harmonização cultural e religiosa, não se avançou muito. Mesmo assim, em 1994, celebrou-se a Carta Árabe dos Direitos Humanos, com resistências nos países asiáticos no sentido de elaborar em comum um documento internacional.[505]

A ideia do indivíduo como sujeito de direito internacional foi decisiva na evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com atuação concreta de órgãos jurisdicionais internacionais como o Tribunal Penal Internacional, que teve imensa relevância nos casos da ex-Iugoslávia e de Ruanda.[506]

Segundo esse adensamento e evolução dos direitos fundamentais, estes integram o direito português por força do art. 8º, I da Constituição portuguesa, em constante de convenções internacionais. De qualquer forma, têm o caráter de direito fundamental.

Posteriormente, ocorre uma recepção plena do direito internacional geral e convencional, de tal forma que as normas internacionais vigorarão automaticamente na ordem interna sem perder seu caráter internacional, transformando-se em normas de direito nacional. Isso ocorre, pois a jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo sempre considerou a superioridade do direito comunitário sobre o direito nacional.[507]

Andrade[508] esclarece que a Constituição portuguesa reconhece os direitos fundamentais que vão além daqueles previstos no seu próprio texto, considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem um elemento de interpretação e integração dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pelo prisma da dignidade inerente "a todos os membros da família humana, fundamento da liberdade, justiça e da paz do mundo", como consta no preâmbulo da Declaração Universal.

Andrade[509] chama a atenção para a acumulação da geração de direitos, cuja categoria admite, afirmando que sobre uns direitos surgem outros típicos de outra geração, surgindo novos aspectos desses mesmos direitos. Desta forma, o

---

[505] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 29.
[506] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 32.
[507] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 40-41.
[508] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 47.
[509] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 71-72.

liberalismo, ao tornar a liberdade econômica absoluta, compromete outros aspectos da solidariedade dos direitos fundamentais.

Andrade[510] entende que as ideias como "igualdade e fraternidade" surgiram das lutas históricas em que o pensamento social cristão, a crítica marxista socialista e o regime econômico e social do capitalismo acabam se desenvolvendo e se harmonizando com a liberdade fundamental, dando origem à concepção liberal moderna dos direitos fundamentais. Isso corresponde à realidade atual das democracias pluralistas europeias, para as quais falta uma melhor designação além do "estado do direito social".

Andrade[511] considera que os direitos fundamentais "são obras da civilização", reclamando uma determinada forma política para ordenar a sociedade, assegurar condições de validade consoante as exigências de cada tempo, sem esquecer dos direitos individuais numa sociedade livre, como caminho para a felicidade.

Ele considera a solidariedade e a ética de responsabilidade comunitária como elementos que correm o risco de comprometer as construções iluministas, ameaçando ruir a ideia dos direitos fundamentais, os quais podem ser a última grande narrativa da modernidade, o cerne do projeto kantiano para a paz perpétua. A interpretação constitucional supõe a integração dos direitos fundamentais por meio de uma teoria, como ocorreu na Constituição alemã de Bonn, na Espanha e em Portugal.

Robert Alexy elabora um estudo sobre uma Teoria dos Direitos Fundamentais, levando em conta as dimensões no plano analítico (clarificação conceitual), dogmático (Teorias da Doutrina), empírico (Jurisprudência, direito positivo e argumentação jurídica) e normativo (faculdade crítica e discurso de unicidade) da Constituição. Ele aborda a ideia de "Jurisprudência de Valores", trazendo uma metodologia de ponderação de valores que se sobrepõe aos princípios obrigatórios no plano constitucional. Esse é o itinerário traçado pelo referido autor.

---

[510] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 72.

[511] ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**... p. 72.

Segundo Guerra Filho,[512] Robert Alexy realiza uma análise acerca de uma Teoria dos Direitos Fundamentais, abordando a dimensão analítica (clarificação conceitual), dogmática (Teorias da Doutrina), empírica (Jurisprudência, direito positivo, argumentação jurídica) e normativa (faculdade crítica e discurso de unicidade) da Constituição. Esse percurso inclui a concepção de "Jurisprudência de Valores", que apresenta uma metodologia de ponderação de valores sobrepondo-se aos princípios obrigatórios no âmbito constitucional.

Quanto à jurisprudência de valores, a crítica formulada argumenta que os princípios constitucionais deveriam ser considerados obrigatórios e não simples mandatos de otimização sujeitos a juízos de ponderação. Isso abriria um amplo campo para a deliberação do intérprete e do aplicador da lei, resultando em críticas severas e significativas à metodologia adotada pela jurisprudência de valores da Suprema Corte alemã. Esta análise será abordada mais adiante, dentro de um contexto metodológico específico que permitirá incorporar tal crítica ao discutir a questão do sujeito constitucional e seu desenvolvimento a partir da perspectiva crítica de Ingeborg Maus.

Esta autora, assim como outros, critica o elevado nível de subjetivismo ao qual a função jurisdicional acabou chegando, denunciando o problema que o Judiciário de seu país enfrentou desde o final da II Guerra. Ela afirma que a Suprema Corte se tornou o "superego" de uma sociedade órfã.

Outro ponto relevante é a ideia de geração de direitos humanos, que, uma vez positivados no plano interno, transformam-se em direitos fundamentais. A concepção da unicidade dos direitos humanos os preserva mais da argumentação de realização por etapas, que, em uma prática discursiva, tende a relativizar ou negar tais direitos.

O tema da interpretação jurídica, frequentemente abordado sob a expressão hermenêutica constitucional, permeia constantemente a temática do direito constitucional. Mesmo com variações nos temas, há pontos que se conectam e se interrogam mutuamente. A Constituição é considerada um sistema aberto, conforme bem definido por Peter Haberle,[513] que dimensiona o texto constitucional como uma categoria pluralista hermenêutica.

---

[512] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 19.

[513] HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a

Esse sistema é composto por regras e princípios que integram um processo de interpretação constitucional, vinculando todos os entes estatais, cidadãos e grupos em um conglomerado aberto e inclusivo.

Tomando a ideia genérica de normas como um gênero e regras e princípios como espécies desse gênero de normas jurídicas, observa-se que as regras regulam casos concretos com base na descrição de hipóteses fáticas, possuindo um menor grau de abstração.

Por outro lado, os princípios têm uma abrangência mais abstrata e podem ser aplicados de forma concorrente com outros princípios, dando origem, nesse ponto, à vertente temática a ser enfrentada no âmbito da proporcionalidade. Mas afinal, de onde surgiram esses conceitos que têm influenciado tanto a produção do direito, sua interpretação e têm gerado tantas polêmicas em torno da questão do subjetivismo do julgador?

Guerra Filho[514] realiza uma compilação dos princípios essenciais nesse processo integrador, incluindo o "princípio da unidade da Constituição". A aplicação desse princípio busca alcançar a unidade no sistema, indo até o ponto de compreender a fórmula política fundamental da Constituição, que, no caso brasileiro, estaria expressa no art. 1º da Constituição e no Preâmbulo, onde se menciona o "Estado Democrático de Direito".

Há também o Princípio do Efeito Integrador, indicando que a interpretação deve reforçar a integração social e fortalecer a unidade política. O Princípio da Máxima Efetividade, que atribui à norma a máxima efetividade da Constituição, atualmente é considerado um pressuposto, uma vez que se presume que todas as normas constitucionais devem assegurar a máxima efetividade.

O Princípio da Força Normativa da Constituição determina que o intérprete deve acompanhar a evolução para evitar que a Constituição se torne obsoleta, sendo necessário proceder à mutação constitucional.

O Princípio da Conformidade Funcional leva em consideração a especialidade da norma, não a sua repartição,[515] levando em conta a noção de divisão de poderes prevista na Constituição. O Princípio da Interpretação Conforme

---

interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p.13.

514 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 40-42.

515 O poder político é uno, monolítico e não comporta divisão, segundo Carré de Malberg.

a Constituição busca harmonizar a interpretação para não se opor à própria Constituição, e o Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização mira no caso concreto, buscando estabelecer quais valores deverão prevalecer, evitando o sacrifício total de um direito em benefício de outro quando desnecessário.

Essa abordagem conduz a considerações sobre o chamado "princípio da proporcionalidade",[516] que desempenha o papel de lidar com os dilemas da interpretação constitucional quando há uma concorrência entre dois princípios de igual hierarquia.

Em tais circunstâncias, a resolução do caso deve ocorrer por meio da aplicação do "princípio dos princípios", ou seja, a proporcionalidade. Isso implica em comprometer-se a favorecer ora um princípio, ora outro, mas sempre preservando o núcleo essencial do princípio em desprestígio, garantindo-lhe o mínimo de consideração.

Como o princípio da proporcionalidade se reflete nos julgados da Suprema Corte brasileira e se teriam a mesma conotação, alcance, método e características da doutrina alemã ao tratar da razoabilidade e da proporcionalidade, como tratadas pelos juristas alemães?

Luís Roberto Barroso[517] oferece elementos para concluir que sim, trata-se da mesma realidade, e aponta que razoabilidade e proporcionalidade seriam sinônimas. Apesar de ressalvar a origem diversa de ambas, reconhece que a razoabilidade tem seus fundamentos e sua origem no devido processo legal substantivo, sendo fruto da tradição jurisprudencial norte-americana baseada nos precedentes. Quais seriam os elementos da Constituição brasileira que permitem tais conclusões, como as apontadas por Luis Roberto Barroso?

Como informam Sarmento e Neto,[518] a Constituição outorgada em 1824 pelo Imperador Pedro I teria sido influenciada pela Constituição Francesa de 1814, marcada pelo liberalismo conservador e pelo semi-absolutismo. Essa influência teria harmonizado a convivência de direitos individuais com um poder moderador consubstanciado no imperador (arts. 98 a 101).

Apesar de não contemplar de forma expressa o termo alusivo ao “*due process*”,

---

[516] Há toda uma particularidade em torno da questão da proporcionalidade que, por isso, será tratado à parte.

[517] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305.

[518] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 101.

a Constituição de 1824 estabelecia certos institutos, como a instituição do júri (arts. 151-2), presunção de inocência (art. 179, VIII), e outras garantias do art. 179 relacionadas à legalidade. Esses elementos aproximavam o texto de algum tipo de cláusula de processo.

Colhe-se daquele texto constitucional monárquico,[519] em seu art. 179, a previsão de que os direitos à inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, baseados na liberdade, segurança individual e propriedade, eram garantidos por diversos dispositivos. Dentre estes, o mais relevante para a análise em comento é o inciso VIII, que determinava que "ninguém poderá ser preso sem culpa formada, assegurava prazos e a ciência ao réu do motivo da prisão, testemunhas e acusador".

Inegavelmente, foi a Constituição de 1891[520] que sintetizou a inspiração liberal norte-americana, superando o texto monárquico anterior. Reproduzindo diversos institutos que estabeleciam o sistema político, os regimes de governo, a forma de Estado, e as normas sobre o controle de constitucionalidade, a Constituição de 1891 fez menção ao instituto do "devido processo".

Embora não de forma explícita, permitia entrever a natureza dessa garantia ao dispor que a lei seria um fator norteador e limitador nos casos de prisão, com a ampla defesa secundada pelos recursos necessários e outras formalidades asseguradas.

A Seção II da Constituição Federal de 1891[521] trata da Declaração de Direitos e, precisamente no art. 72, elencando um amplo leque de direitos, de forma específica, assenta as garantias que compõem a cláusula constitucional do devido processo legal. Isso se dá ao dispor que a prisão somente ocorreria com "culpa formada" como regra (§º 14).[522]

Determina igualmente que o sentenciado tem a garantia da autoridade competente (§ 15),[523] a anterioridade da lei que deve regular o processo e a plena defesa com recursos e meios de impugnação com ciência das testemunhas e do

---

[519] BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Brasília: UNB, 1978, p. 505

[520] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3vKUnOW. Acesso em: 15 jun. 2023.

[521] BRASIL. **Constituição de 1891**. Disponível em: https://bit.ly/47LX2Fd. Acesso em: 3 jan. 2024.

[522] BRASIL. **Constituição de 1891**...

[523] BRASIL. **Constituição de 1891**...

crime de que é acusado (§ 16).[524]

De forma mais pontual ainda, ao dispor a Constituição que "§ 15.[525] Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada", vincula um procedimento a uma lei específica. A partir do texto de 1891, emendado em 1926,[526] e todas as demais Constituições brasileiras até o texto atual de 1988, "a cláusula do devido processo" foi sendo alterada e cada vez mais aproximada de uma complexidade maior.

A Constituição brasileira de 1988[527] traz de forma explícita um conjunto de garantias. Prevê que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV),[528] consagrando assim o devido processo legal. Além disso, estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV).[529] A Constituição não só estabelece o devido processo legal, mas também assenta seus aspectos principais, contraditório e ampla defesa. Vai além, ao acrescentar que ao contraditório assegura-se "meios e recursos a ela inerentes".

Como se constata ao longo da evolução dos textos constitucionais brasileiros, os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e adequabilidade não se apresentam explicitamente. Assim, o intérprete irá buscar esses princípios, e é nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal vem desenvolvendo a sua leitura da Constituição e tem apresentado o princípio da proporcionalidade como uma chave de leitura hermenêutica na tradição constitucional brasileira.

É crucial examinar como esse princípio se manifesta no texto constitucional e qual abordagem doutrinária o caracteriza. Isso inclui a análise de se trata do mesmo princípio da proporcionalidade desenvolvido na doutrina alemã, como elaborado por Alexy, por exemplo, ou se a afinidade com a proporcionalidade surge a partir da interpretação que a Suprema Corte norte-americana faz do princípio do Devido Processo Legal Substancial.

---

[524] BRASIL. **Constituição de 1891**...
[525] BRASIL. **Constituição de 1891**...
[526] BRASIL. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926**. Disponível em: https://bit.ly/4bao7oB. Acesso em: 30 jan. 2024.
[527] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3vKUnOW. Acesso em: 15 jun. 2023.
[528] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...
[529] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**...

Virgílio Afonso da Silva[530] traça a trajetória do chamado “princípio da proporcionalidade” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apontando o equívoco de considerar a proporcionalidade, termo que ele argumenta não dever ser chamado de “princípio”, mas sim de “regra”, como sinônimo de razoabilidade. Ele destaca essa divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Para isso, realiza uma análise minuciosa do conceito, buscando fornecer um "conceito técnico adequado de proporcionalidade no controle judicial da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais".

Silva[531] parte do pressuposto de que o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é garantir que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. Nesse contexto, há a necessidade de impor limites às restrições, e para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que são consideradas as "sub-regras da regra da proporcionalidade". No Brasil, o termo mais difundido para designar o objeto do presente estudo é o princípio da proporcionalidade, aceito sem grandes controvérsias terminológicas.

Em trabalho recente, contudo, Humberto Bergmann Ávila[532] que a questão é mais controversa do que parece, e que a utilização do termo "princípio" pode ser equivocada, especialmente quando se adota o conceito de princípio jurídico em contraposição ao conceito de regra jurídica, fundamentado na difundida teoria de Robert Alexy. Não é possível aprofundar neste tema aqui, mas algumas considerações, no entanto, são necessárias.

Ávila[533] analisa a estrutura conceitual dos princípios e regras em Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ronald Dworkin[534] realiza uma releitura do positivismo, o qual não apresentava uma distinção refinada entre princípios e regras, trabalhando com a categoria genérica de normas jurídicas.

---

[530] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: https://bit.ly/3u8uFU4. Acesso em: 2 jun. 2023, p. 24.
[531] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 25.
[532] ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Disponível em: https://bit.ly/3vO4nqw. Acesso em: 2 jun. 2023.
[533] ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**...
[534] DWORKIN, Ronald. **Los derechos em sério**. Barcelona: Ariel, 1997, p. 65.

A partir desse ponto, Dworkin[535] estabelece que é possível distinguir duas espécies dentro do gênero das normas jurídicas. Uma delas é denominada "regras", as quais são aplicadas de forma excludente, ou seja, ou se aplicam totalmente ou não se aplicam, seguindo a lógica de "tudo ou nada" para resolver a hipótese de incidência. Em casos nos quais há mais de uma regra, ocorre a colisão entre elas, e apenas uma deve ser escolhida para ser aplicada de forma válida, enquanto a outra é excluída e considerada inválida.

No caso dos princípios, estes não são auto excludentes; seus fundamentos permitem que possam conviver com outros fundamentos de outros princípios, possuindo, por isso mesmo, uma dimensão de peso demonstrável na hipótese de colisão entre eles. Nesse contexto, o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Há, portanto, uma diferenciação na estrutura lógica entre princípios e regras.

O norte-americano Dworkin[536] emerge no cenário jurídico com uma firme determinação em combater o positivismo, especialmente evidenciado no pensamento de seu antecessor na Universidade de Oxford, Herbert A. Hart. Dworkin identifica em Hart o catalisador contemporâneo das teses positivistas do direito, que, em linhas gerais, vinculava lei e direito, concebendo o direito como um conjunto de normas e princípios, sem fazer distinção entre moral e direito. Dessa forma, ao suceder esta fase positivista, Dworkin é considerado um autor que inaugura o "pós-positivismo".

Foi a partir desta distinção entre princípios e regras que se inaugurou um novo capítulo na história do direito, visando construir algo mais sofisticado que não abandonasse a normatividade. Dworkin[537] destaca isso ao demonstrar que, apesar da clareza das regras que estabeleciam o direito do herdeiro em receber a herança, todas as leis e contratos podem ser limitados na execução e efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro.

Não se poderia permitir que alguém lucrasse com a própria fraude, beneficiasse-se da própria torpeza ou adquirisse bens em decorrência dos próprios crimes. Por essa razão, no ano de 1889, o Tribunal de Nova York negou ao neto o

---

[535] DWORKIN, Ronald. **Los derechos em sério**... p. 65.
[536] DWORKIN, Ronald. **Los derechos em sério**... p. 65.
[537] DWORKIN, Ronald. **Los derechos em sério**... p. 65.

direito de receber a herança por disposição testamentária do avô, no caso conhecido como *Riggs v. Palmer*.[538]

Alexy[539] incorpora esse avanço conceitual de Dworkin, refinando a ideia de princípios de forma conceitual. Ele os define como espécies de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus, dependendo das possibilidades normativas e fáticas.

A tradição germânica desenvolveu-se amplamente em torno da mesma temática do papel do devido processo, utilizando conceitos-chave como a ideia do princípio da proporcionalidade. Foi construída uma teoria cujos traços essenciais são fundamentais, baseando-se em autores que aprofundaram seus estudos na Alemanha e que têm exercido considerável impacto na jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

Isso tem gerado uma série de polêmicas em torno da correção ou não da importação de teorias estrangeiras para a realidade nacional, e este será o próximo ponto a ser analisado.

O princípio da proporcionalidade, construído a partir de uma intuição inicial de proibir o excesso, permite a avaliação da relação entre os meios e os fins, afastando-se da abusividade ou de restrições não essenciais aos direitos fundamentais. Enquanto isso, o devido processo substancial implica na discussão, sob o viés do processo, de questões em torno da razoabilidade, proporcionalidade e adequabilidade das decisões.

Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra uma situação de ponderação entre princípios colidentes, na qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência, conforme a dimensão de peso. Diferentemente das regras, os princípios não são determinados de forma direta, mas sua aplicação se dá diante dos casos concretos, os quais são concretizados mediante regras de colisão.

Segundo Dworkin,[540] quando os juristas discutem sobre direitos e obrigações, sobretudo naquelas situações – os chamados *casos difíceis* – em que as formas e os conceitos jurídicos parecem “agudizar-se” mais intensamente. Os profissionais do Direito parecem lançar mão de *standards* (normas) que não operam

---

[538] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.
[539] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: https://bit.ly/3u8uFU4. Acesso em: 2 jun. 2023, p.25.
[540] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 36.

como regras, mas, sim, de forma diferente, como princípios (ou em outros casos como diretrizes políticas). Dworkin[541] aponta dois modelos que caracterizam e diferenciam as regras e os princípios como classes logicamente diferentes de normas.

Dworkin[542] chama de princípio aquele padrão que deve ser observado não por ter em vista uma finalidade econômica, política, ou social que se possa considerar favorável, mas porque seja uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade. Ele explica[543] que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, trata-se do peso ou da importância.

Quando os princípios se entrecruzam, é necessário decidir de acordo com a força relativa de cada um dos princípios em jogo, considerando o peso e a importância de cada um. Com base nisso, opta-se por um ou outro princípio, mas não necessariamente exclui-se um em favor do outro. Trata-se de um padrão de norma que consiste na dimensão de peso (*dimension of weight*).

Dworkin[544] afirma que as regras são funcionalmente diversas; em confronto, uma delas será válida e a outra invalidada. Nesse modelo de aplicabilidade, uma regra subsiste e a outra é excluída, caracterizando um tipo de abordagem tudo-ou-nada.

Silva[545] explica a forma como Alexy estrutura sua teoria sobre regras e princípios. Alexy classifica as normas jurídicas em duas categorias: regras e princípios. Essa divisão é baseada na estrutura e forma de aplicação. As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Já os princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo só é fixado após o sopesamento com princípios colidentes.

Neste sentido, os princípios são "normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas", sendo, portanto, "mandamentos de otimização". Virgílio[546] destaca a impropriedade terminológica de se referir à proporcionalidade como "princípio" e não como "regra", que seria o correto à luz da classificação do próprio Robert Alexy, pois "não há como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma

---

[541] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 39.
[542] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 36.
[543] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 42-43.
[544] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 39.
[545] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 25.
[546] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 26.

constante, sem variações". Ele recorre ao pensamento de Humberto Bergmann Ávila, o qual, ao se referir a Alexy, afirma:

> Sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência.

À teor de explicitar a construção teórica da proporcionalidade e seu papel no labor hermenêutico, Virgílio Afonso da Silva[547] assenta que os subelementos da proporcionalidade "devem ser classificados como regras", cuja forma de aplicação deve se dar pelo método da subsunção, o qual consiste na estipulação de uma premissa maior, premissa menor e conclusão numa operação basicamente lógica.

Ele argumenta que a própria proporcionalidade deve ser compreendida como uma regra. No entanto, esclarece Silva que, na prática brasileira, os autores continuam usando o termo "princípio" ao se referir à proporcionalidade por conta da forte carga semântica que o termo encerra, e uma uniformidade terminológica seria improvável.

Também haveria distorções[548] proteção insuficiente" como sinônimos de "proporcionalidade". Tanto a proibição de excesso quanto a proibição de insuficiência assumem sentido próprio não vinculado à proporcionalidade, como pode ser constatado nas muitas situações em que a proporcionalidade subsiste mesmo em contextos nos quais não se cogita nem de excesso estatal nem de proibição à proteção insuficiente.

Quanto à origem, também não se deve confundir proporcionalidade com razoabilidade,[549] um erro comum que tem incidido na jurisprudência do STF, na doutrina e em diversos escritos acadêmicos. Nesse contexto, Silva destaca a confusão conceitual que se extrai dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, que a identifica com a doutrina alemã, e de Suzana de Toledo Barros, que a associa à jurisprudência norte-americana.

Quanto à estrutura, a proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade. Willis Santiago Guerra Filho[550] observa que, na Inglaterra, fala-se em princípio da

---

[547] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 27.
[548] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 29.
[549] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 29.
[550] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *In*: GRAU, Eros

irrazoabilidade, e não em princípio da razoabilidade. A forma como se trabalha essa distinção não se encontra na Carta Magna de 1215, despontando somente em uma decisão judicial proferida em 1948 pela Corte Inglesa, no chamado *teste Wednesbury*.[551]

Esse teste se destinava a justificar a intervenção da Corte somente em casos nos quais uma autoridade agisse de forma tão irrazoável, contrastando a postura de nenhuma outra autoridade razoável faria então poderia intervir. Isso evidencia uma compreensão menos intensa do que a complexa estrutura da proporcionalidade, que implica na análise de fins e meios.

Também não procede a associação entre proporcionalidade e razoabilidade, tal qual desenvolvida na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, baseada no chamado *substantivo due process*.[552] Silva[553] destaca que a regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão.

A proporcionalidade não se reduz à mera razoabilidade ou irrazoabilidade da decisão do ato impugnado, mas apresenta uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes como a adequação, necessidade e a própria proporcionalidade em sentido estrito, aplicados em uma ordem pré-definida. Portanto, rejeitam-se as identificações indevidas entre proporcionalidade, razoabilidade e devido processo substantivo.

Por sua vez, esclarece Virgílio Afonso da Silva[554] que a adequação não se verifica apenas mediante a constatação de que o meio é apto a alcançar o resultado

---

Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283.

551 BUGARIN, Tomás T. S.; MENEGUIN, Fernando. ***Rational Decision Making***. Parâmetro para o Controle Judicial das Deliberações do Poder Executivo. Disponível em: https://bit.ly/3SvKmOk. Acesso em: 2 jun. 2023. O caso Wednesbury foi decidido em 1948 pela Corte de Apelação Inglesa, que aplicou o "teste de razoabilidade". Tratava-se de decisões administrativas do Conselho Municipal do condado de Wednesbury, que havia negado uma licença para o funcionamento de um teatro. Essa recusa foi considerada irracional e arbitrária, não sendo razoável quando comparada com as práticas de outros órgãos administrativos. No entanto, no contexto brasileiro, durante a pandemia, o teste de razoabilidade não teria o mesmo significado, uma vez que a distinção entre razoável e irrazoável só faz sentido em um contexto de mínima razoabilidade pública e senso comum. Infelizmente, no Brasil, esses elementos parecem ter faltado, resultando em campanhas para desacreditar a necessidade da vacina, lideradas pelo próprio Presidente da República e seus apoiadores. Isso contribuiu para a morte desnecessária de milhares de pessoas.

552 SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 31.

553 SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 31.

554 SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 38.

pretendido. Silva faz referência a problemas de tradução da língua alemã para o português, empreendida pela doutrina a partir da introdução do direito germânico contemporâneo no Brasil pelo trabalho de Gilmar Mendes.

A decisão mencionada por Mendes teria sido traduzida de forma incorreta, pois ela seria melhor compreendida caso o verbo *fördern* fosse traduzido como "fomentar" e não por "alcançar", como faz Gilmar Ferreira Mendes. De fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por "alcançar".

Afonso da Silva[555] explica que o termo alemão *fördern* significa fomentar, promover, adequar. Portanto, não se refere apenas ao meio com o qual um objetivo é alcançado, mas também ao meio com o qual a realização de um objetivo é "fomentada" ou "promovida", mesmo que o objetivo não seja completamente alcançado. Há uma grande diferença entre ambos os conceitos, conforme definido por Martin Borowski, para quem uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado".

A necessidade[556] se verifica quando constatamos que um ato estatal que limita um direito fundamental é necessário apenas se a realização do objetivo perseguido não puder ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

A proporcionalidade em sentido estrito[557] consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. Silva[558] exemplifica de forma extrema a importância da terceira sub-regra da proporcionalidade apresentando uma decisão hipotética para combater a disseminação da Aids, onde o poder público decide que todos os cidadãos devem fazer exames para detectar uma possível infecção pelo HIV.

Além disso, foi determinado que todos os infectados fossem encarcerados, o que poderia parecer adequado e necessário. Contudo, pela regra da proporcionalidade, isso exigiria um balanceamento ante medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de

---

[555] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 38.
[556] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 39.
[557] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 41.
[558] SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**... p. 41.

medida descabida seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não haveria como decidir senão pela preservação da liberdade e dignidade humana (art. 5º, § 1º, III).

Na doutrina constitucional portuguesa, Canotilho[559] vincula a temática do princípio da proporcionalidade no contexto do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais. É a partir deste ponto que o presente estudo se situa como uma opção de abordagem metodológica, até porque a própria estrutura e concepção da técnica da apresentação dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional brasileiro o aproxima mais da estrutura portuguesa do que da alemã ou mesmo da norte-americana.

Silva[560] assenta a necessidade do ônus argumentativo ante o postulado de que a exigência de proporcionalidade ou o devido processo legal seriam decorrência do Estado de Direito. Pois, na Suprema Corte dos Estados Unidos e em outros tribunais em que vigora um Estado de Direito, não se aplica a proporcionalidade nestas mesmas bases argumentativas, não havendo coerência nos julgados no Supremo Tribunal Federal na aplicação da regra da proporcionalidade.

Virgílio Afonso da Silva[561] demonstra que, tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a doutrina, a partir de alguns marcos teóricos referenciais sobre os quais alguns lugares-comuns são repetidos, não há coerência nem justificativa racional para se concluir que a proporcionalidade seja um princípio e não uma regra, nem que a proporcionalidade se confunda com razoabilidade.

De igual forma, constata que a aplicação dos subprincípios da necessidade, adequabilidade e proporcionalidade em menor grau ou no sentido "estrito", como a Corte Constitucional da Alemanha, não se justifica, e se isso tem ocorrido em parte, é devido às confusões de tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

A proporcionalidade, seja quanto à origem, à estrutura e quanto às técnicas argumentativas de aplicação, tal qual faz na Suprema Corte alemã, não pode ser aplicada e interpretada no Brasil tomando como sinônimos o devido processo substantivo com a aplicação nua e crua do princípio da proporcionalidade.

---

[559] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 378.
[559] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 378.
[560] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 46.
[561] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**... p. 46.

A clarificação conceitual empreendida por Afonso, exposta acima, permite uma rigorosa revisão histórica, terminológica e metodológica, que depura as confusões de impróprias identificações com a doutrina e jurisprudência da Alemanha protagonizadas por equívocos de Gilmar Ferreira Mendes, a quem não se nega o pioneirismo, mas cuja rota se deve corrigir.

De outro lado, a simples e irrefletida incorporação da jurisprudência da experiência norte-americana por Luis Roberto Barroso à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só tem atrapalhado uma sadia evolução hermenêutica da Corte pátria a partir de equivocadas interpretações que comprometem, primeiramente, a própria compreensão do conceito de devido processo substantivo e, em segundo lugar, afetam a evolução hermenêutica do Supremo Tribunal Federal.

Um corte na trajetória de uma jurisprudência incorreta e distorcida permite uma correção de rota e possibilita que se possa estabelecer um novo paradigma mais fértil e originário.

Só assim a construção de uma nova narrativa doutrinária sobre processo constitucional, pluralismo jurídico à luz do devido processo substantivo pode ser construído como um novo patamar teórico capaz de impulsionar a jurisprudência e a doutrina em uma nova leitura a partir das raízes do desenvolvimento dos institutos, a partir de releituras originais e não de distorções na compreensão da jurisprudência e doutrina.

Dessa forma, imagina-se estar se abrindo um novo panorama para a teoria constitucional brasileira, inclusive permitindo uma nova compreensão sobre os recentes embates em torno do neoconstitucionalismo e da temática do ativismo judicial. Pois, está se perdendo uma oportunidade de evolução do constitucionalismo muito mais pela incompreensão de conceitos e escolas, portanto, de preconceitos do que pelo combate das ideias em si. Não se combatem os acertos ou erros conceituais de uma teoria, mas devido a sua incompreensão não se combate a realidade, mas as sombras da realidade, o que se pensa ser a realidade..

No capítulo findo, foram abordados os temas relativos aos fundamentos teóricos do Processo Constitucional no contexto de uma Teoria Democrática e Constitucionalista. Uma ressemantização das ideias de Constituição e de Processo visando a composição do conceito central de Processo Constitucional, uma

terminologia, uma metodologia e uma nova episteme para tratar das relações entre Processo e Constituição, visando à estruturação do Processo Constitucional.

Além disso, foi desenvolvida uma abordagem conceitual e tecnicamente adequada, a abordagem do Processo Constitucional enquanto garantia da exequibilidade dos direitos fundamentais. Bem como foram analisados, em linhas gerais, os elementos constitutivos e a terminologia adequada para compreender o conceito, a estrutura e a dinâmica do Processo Constitucional Substancial e como o instituto vem se desenvolvendo nos Estados Unidos da América, em Portugal, na Alemanha e no Brasil.

3 DO PLURALISMO EM GERAL AO PLURALISMO JURÍDICO

3.1 PLURALISMO, HIPERCOMPLEXIDADE E UMA TEORIA IGUALMENTE COMPLEXA EM MEIO À CRISE CIVILIZACIONAL, A REVELAR A EMERGÊNCIA DE NOVOS PARADIGMAS

O capítulo anterior analisou a interação dinâmica do Processo Constitucional com o pluralismo jurídico, abordando tanto o ponto de vista material quanto processual. Isso porque é o Processo Constitucional que avalia a compatibilidade material desse direito com a Constituição na efetivação dos direitos fundamentais.

O objetivo deste capítulo é, uma vez estabelecidas as bases ontológicas do pluralismo como categoria emancipatória, inclusiva e ecológica, avaliar especificamente o pluralismo jurídico em um contexto fisiológico e anatômico.

Dessa forma, o texto discorrerá sobre o pluralismo em geral, com um enfoque específico no pluralismo jurídico. Serão abordadas suas perspectivas sob a ótica da filosofia e da sociologia do direito, explorando a origem, o conceito e as classificações de pluralismo conforme apresentadas pela doutrina.

Além disso, será analisada a hipercomplexidade e a emergência de paradigmas complexos, destacando suas conexões com os elementos do pluralismo jurídico e o Processo Constitucional Substancial. O exame incluirá uma análise das codificações legais, assim como uma avaliação do pluralismo em contextos locais e globais.

Na obra *A Pluralistic Universe*,[562] publicada em 1909, o filósofo e psicólogo Willian James (1942-1910) apresentou uma coletânea de suas conferências, proferidas no ano anterior. Nesse trabalho, ele utilizou o termo “pluralismo”[563] para se referir ao mundo da multiplicidade.

Conforme James[564] argumenta, o pluralismo evoca a ideia do absoluto, e o ser humano só se sentiria verdadeiramente acolhido nesse ambiente onde os sentimentos humanos "expressam o mundo ao qual o ser humano pertence". Nesse entendimento, é no mundo da "multiplicidade finita" que ocorrem os eventos e fatos da vida humana, sendo este o cenário onde os acontecimentos se desenrolam.

---

[562] JAMES, William. **Um universo pluralista**: filosofia de la experiência. Buenos Aires: Cactus, 2009, p. 30.

[563] Conforme mencionado por Marcos Augusto Maliska em notas de aula do Programa de Pós-Graduação da UniBrasil (2020), ele sugere que teria sido a primeira vez que o termo "pluralismo" foi empregado neste contexto específico de significar pluralidade.

[564] JAMES, William. **Um universo pluralista**... p. 30.

Para James,[565] é imperativo estabelecer uma ordem, na qual "o grau mais elevado deve dominar". Nesse contexto, a "filosofia do absoluto" harmoniza-se com uma "concepção pluralista", na qual a substância humana e divina[566] são identificadas. Ao contrário da "concepção monista",[567] que percebe o mundo como um conjunto, fora do qual só resta o nada, a visão pluralista na filosofia de James pode ser vista como uma "reação suprema do universo sobre si mesmo", ascendendo até o ponto de sua "autocompreensão".

William James escreve páginas de uma profundidade intensa e inegável resplandescência, transcendendo o paradigma científico até então delineado nos termos rígidos da ciência positivista do início do século XX. Ele mescla filosofia com psicologia, filosofia com poesia, sugerindo, por si só, uma abordagem pluralista na organização do pensamento. Isso é evidenciado no texto de James:[568]

> O lírio d'água, estremecendo em seu triplo banho de água, ar e luz, não prova de forma alguma sua própria beleza? Certamente as plantas nada podem prever, nem a foice do jardineiro, nem a mão estendida para colher suas flores. Nem podem fugir ou gritar. Mas isso só prova o quão diferente seus modos de sentir a vida devem ser daqueles dos animais que vivem através dos olhos, ouvidos e órgãos locomotores, não que eles não tenham maneira de sentir a vida. Quão rara e isolada seria a sensação em nosso globo, se a sensação de vida vegetal fosse apagada da existência! A consciência se moveria solitariamente pela floresta na forma de algum veado ou outro quadrúpede, ou voaria ao redor das flores na forma de algum inseto, podemos realmente supor que a Natureza através da qual sopra o sopro de Deus é um deserto estéril.[569]

"Plantas não conversam", afirmava William James, argumentando que nem mesmo poderiam "gritar ao serem cortadas pelo jardineiro". No entanto, estudos

---

[565] JAMES, William. **Um universo pluralista**... p. 30.

[566] *Se debe estabelecer um orden; y ese orden debe dominar lo más elevado. La filosofia del absoluto coincide com la visión pluralista (...) em el hecho de que ambas identifican a la sustância humana com la sustância divina*.

[567] JAMES, William. **Um universo pluralista**... p. 31.

[568] JAMES, William. **Um universo pluralista**... p. 106-107.

[569] "*El lírio de agua, estremeciéndose em su triple baño de agua, aire y luz, ¿no degusta en ningún aspecto su própria beleza? Ciertamente las plantas no pueden prever nada, ni la guadaña del jardineiro, ni la mano extendida para arrancar sus flores. Tampoco pueden huir ni gritar. Pero esto sólo prueba cuán distintos deben ser sus modos de sentir la vida de aquellos de los animalies que viven a través de ojos y oídos y órganos locomotrices, no que no tienen ningún modo de sentir la vida. ¡Que escassa y aislada sería la sensación em muestro globo, si el sentir la vida de las plantas fuera borrada de la existência! La conciencia se movería lolitaria a trave´s de los bosques em la forma de algún ciervo u outro cuadrúpedo, o volaria alrededor de las flores em la forma de algún inscto, ¿pelo podemos suponder realmente que la Naturaleza a través de la cual sopla el hálito de Dios es um páramo tan estéril?*".

modernos de botânica[570] contradizem essa perspectiva, demonstrando que as plantas se comunicam entre si. Elas emitem odores característicos para avisar sobre a chegada de abelhas ou para alertar sobre a violência imposta por um destruidor. Além disso, as plantas liberam um cheiro de morte que pode ser percebido por outras plantas. Esse fenômeno, de uma maneira incrivelmente misteriosa, evidencia que as plantas, de fato, se comunicam.

Em uma matéria veiculada em um *site* especializado[571], informações revelam um estudo que sugere a existência de uma "rede subterrânea de fungos que conecta" plantas próximas, formando uma espécie de "internet vegetal". Essa rede é composta por "filamentos de fungos chamada micélio", uma estrutura formada por um conjunto de hifas emaranhadas, sendo as hifas filamentos de células que compõem o micélio dos fungos.

Essa complexidade revela um cenário de pluralismo, diversidade e exuberância da existência. Reflete a vastidão do espaço, do universo e do infinito. A natureza se expressa em uma linguagem que sugere ao ser humano que a vida, o homem, a natureza e a existência são muito mais do que percebemos ou imaginamos. É algo maior do que podemos conceber, ao mesmo tempo em que fazemos parte desse mistério. A vida transborda além dos limites do conceito.

Em 1997, a pesquisadora Suzanne Simard, da Universidade de British Columbia, teria demonstrado em seus experimentos que ocorre uma transferência de carbono por meio do micélio entre árvores de espécies diferentes, como um abeto (semelhante a pequenos pinheiros) e uma bétula (um gênero de árvores nativas do hemisfério norte). Essa descoberta revela a notável cooperação até mesmo entre os ramos verdes das plantas.

Refletindo sobre as concepções de James no início do século XX, que abordam a evolução da matéria até alcançar a consciência de si mesma, destaca-se a ideia de que a consciência é incapaz de se dissociar do todo da natureza. Essa visão sugere que, em meio a toda a diversidade, reside a unidade, o mistério ou, como os místicos afirmavam, ali está o sopro de Deus.

Pierre Teilhard de Chardin[572] sustenta que, cotejando as dimensões do

---

[570] ESCOLA BOTÂNICA. **Como as árvores se comunicam. 23 out. 2023.** Disponível em: https://bit.ly/3S8CssV. Acesso em: 24 jan. 2024.

[571] ESCOLA BOTÂNICA. Como as árvores se comunicam. 23 out. 2023. **Disponível em: https://bit.ly/3S8CssV. Acesso em: 24 jan. 2024.**

[572] CHARDIN, Pierre Teilhard de. **O fenômeno humano**. 3. ed. Porto: Tavares Martins, 1970, p. 283.

espaço e do tempo, e o que se conhece sobre o passada da humanidade, a evolução é ascensão para a consciência e encaminha-se mais ainda para o futuro, em busca de uma consciência suprema, convicção esta contra a qual não se opõe nem materialistas, agnósticos, humanitários.

O amor, em todas as suas nuances, é o sinal preciso marcado no cerne dos elementos pela convergência psíquica do Universo sobre si próprio.[573] A definição do ser humano, de acordo com Chardin,[574] está enraizada na evolução da matéria até atingir a consciência de si mesma. Essa visão holística é inseparável da forma de compreender o mundo e suas complexidades, permitindo discernir aquilo que transcende o conhecimento.

É algo notavelmente belo observar como a mente humana se empenha, nas trilhas da ciência, para compreender a própria ciência, sem recorrer à fé, ao espírito ou a algo que possa de alguma forma obscurecer a racionalidade científica. Esse esforço é conduzido por um espírito tão obstinado que, por vezes, ultrapassa até mesmo a fervorosa convicção dos crentes. Talvez seja porque a verdade, em qualquer uma de suas manifestações, seja essencialmente cativante. No entanto, as evidências se entrelaçam e se interpenetram nos dois campos do conhecimento, e os limites inicialmente delineados pelo sonho da objetividade na ciência simplesmente se desintegram.

No Salmo 19[575] da Bíblia, é afirmado que a criação proclama a glória de Deus: "Os céus declaram a glória de Deus; o firmamento proclama a obra das suas mãos. Um dia fala disso a outro dia; uma noite o revela a outra noite". As Escrituras Sagradas destacam que a natureza anuncia a glória de Deus de maneira que transcende as palavras convencionais, como se fosse uma linguagem que não precisa ser expressa com palavras. O salmo continua dizendo que esse testemunho divino se estende por toda a terra, alcançando os confins do mundo, e que Deus estabeleceu uma tenda para o sol nesse contexto majestoso.

---

[573] CHARDIN, Pierre Teilhard de. **O fenômeno humano**... p. 291.

[574] As experiências marcam certamente. O fato de o Apóstolo Paulo ter escrito o hino ao amor enquanto estava encarcerado em Roma, Viktor Frankl conceber a logoterapia como prisioneiro em um campo de concentração nazista e Pierre Teilhard de Chardin escrever sobre a dimensão da amorização e a evolução da matéria em consciência, além de outros temas em sua tese de Doutorado interrompida e depois retomada durante sua atuação na II Guerra, não deixa de demonstrar um certo caráter universal do ser humano. Era a humanidade pulsante que escrevia, pensava e concebia.

[575] BÍBLIA. **Sagrada Bíblia Católica**: Salmo 18. Disponível em: https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/salmos/18/. Acesso em: 25 fev. 2021.

Tudo isso sugere uma linguagem de unidade, mas ao mesmo tempo de multiplicidade e pluralidade. A natureza é abrangente em sua totalidade, mas simultaneamente singular, representando tanto a diversidade quanto a singularidade. A coexistência desses extremos sempre inquietou a mente humana, e talvez a resposta final só seja compreendida completamente após o mistério da vida se desvendar.

Esse embate entre o uno e o múltiplo se manifesta no entendimento teológico da Santíssima Trindade, expresso na ideia de que Deus é único, mas composto por três pessoas: Deus Pai, Deus Filho e Deus Espírito Santo. Isso evoca a noção de um Universo repleto de multiplicidade, suscitando a ideia do infinito, do plúrimo e do inimaginável.

O sentido de pluralismo antecede concepções políticas de tolerância à diversidade de ideias ou as origens da democracia, que implicavam o reconhecimento da convivência de opostos. O pluralismo é dotado de uma natureza atávica, enraizada no mais profundo da natureza humana.

A condição existencial do homem é caracterizada pela diversidade, exuberância e multiplicidade. As mais elevadas indagações científicas, filosóficas, teológicas, jurídicas, antropológicas, paleontológicas, psicológicas e psicanalíticas evocam o mistério multifacetado dessa multiplicidade, do inesgotável, expressando a busca por um infinito que não se satisfaz com uma visão monocromática do vasto mistério da vida, do homem e do mundo.

Até mesmo nos discursos científicos atuais, a discussão sobre "multiuniversos" ou "pluriuniversos" está em pauta. As bases estabelecidas aqui, fundamentadas na literatura em sua acepção mais abrangente, não buscam comprovar evidências, o que seria impraticável em alguns aspectos. Tentar fazê-lo equivaleria a esvaziar o mar com um dedal, como a anedota atribuída a Santo Agostinho, que, ao buscar compreender certos mistérios divinos, foi aconselhado por um anjo em forma de criança.

O anjo sugeriu que seria mais fácil encher um buraco na areia com a água do mar, trazida em um dedal por uma criança, do que compreender tais mistérios tão elevados.

No entanto, a proposta aqui é evidenciar que as fundações do que, por enquanto, podemos denominar de pensamento pluralista possuem em sua estrutura racional abordagens sistêmicas sobre determinados objetos de estudo. Essas

abordagens demandam a compreensão da complexidade e a constante abertura para incorporar mais perspectivas a serem consideradas. Essa complexidade é absolutamente imune a qualquer forma de reducionismo, diminuição ou simplificação grosseira, sob risco de confrontar a natureza humana concebida na diversidade.

O mito criacionista judaico-cristão e outras crenças narram que o ser humano não emergiu do nada, mas se originou em um jardim repleto de vida, diversas espécies e complexidades existenciais. Sua desventura aconteceu quando foi separado da abundância da multiplicidade de vida, levado para um ermo desolado. Parece que o mito adâmico contém uma advertência à humanidade: a necessidade de zelar para que o começo da jornada humana não se transforme, de fato, na imagem de seu término.

É desse cenário amplo impregnado de contextos pluralistas, diversidade e complexidade que emerge o tema jurídico específico, foco deste estudo. Essa concepção pluralista, de natureza multidisciplinar ou interdisciplinar, está incorporada à base do desenvolvimento do "novo constitucionalismo latino-americano". Ao contrário do constitucionalismo norte-americano ou europeu, esse modelo parte de uma abordagem holística ausente em qualquer outro sistema constitucional existente.

O que se propõe agora é que, sem uma concepção teórica[576] verdadeiramente holística, a própria natureza humana não é devidamente traduzida nem protegida como objeto da ideia de dignidade. Assim como na literatura, na psicologia e na psicanálise, que necessitam se aproximar obrigatoriamente de contextos históricos, da linguagem e de uma escuta refinada, estruturante e estruturadora, as dimensões pluralísticas não cessam; ao contrário, manifestam-se vigorosamente na sociedade. Daí a consideração de pluralismos dentro de pluralismos.

A visão ecocêntrica, holística ou uma perspectiva antropocêntrica severamente atenuada estabelece uma relação de dupla e recíproca dependência entre o homem e a natureza. Nessa abordagem, o homem já não se encontra

[576] Este escrito não se esgota nestas centenas de páginas; é o primeiro passo de uma sequência de outros estudos nos quais se buscará demonstrar com propriedade essas conexões multidisciplinares aplicadas setorialmente ao direito. Por essa razão, a preocupação em abordar todos os lados possíveis da tese, conforme recomendado metodologicamente, não pode impedir o fluxo de indagações infindas sobre questões tão graves e, ao mesmo tempo, tão belas. Com o tempo, as lacunas podem ser preenchidas pelo autor desta tese ou por outros especialistas mais qualificados.

"sobre" as coisas, o mundo ou a natureza, mas sim "com" os elementos, os seres e o universo. Ele passa a se perceber como parte integrante, renunciando ao papel de senhor que tudo pode.

O *ethos* proposto é o de viver em respeito a todos os seres e entidades, sejam bióticos ou não, em harmonia com a natureza, conhecida como *Pachamama* pelos andinos ou "Gaia" pelos europeus. A preservação da natureza é crucial, pois o risco que ela enfrenta reflete diretamente na ameaça à existência humana. A redução de complexidades e o controle de riscos emergem como questões vitais na sociedade contemporânea. A compreensão dessas transições se apoia na noção de "paradigmas" desenvolvida por Thomas S. Kuhn,[577] destacando a forma como os conhecimentos se apresentam, não mais como acumulativos, mas sim dentro de um contexto de rupturas.

A complexidade advém das próprias condições estruturais da modernidade ou pós-modernidade para alguns, seja porque não havia a percepção do que hoje se percebe: a consciência compartilhada[578] e, por isso, politicamente relevante. Daí a importância e a ligação destas temáticas com o pluralismo político.

Como destaca Lucas Verdú,[579] o ordenamento constitucional representa o conjunto das instituições jurídicas[580] coordenadas para orientar uma específica concepção política do Estado e da sociedade. Em outra de suas obras, Verdú[581] ressalta a importância do pluralismo político ao afirmar que é essencial que este seja a expressão da reciprocidade entre os aparatos estatais e comunitários.

> Diante do Estado totalitário como um partido único que permeia todo o tecido social, o chamado Gleichsetzen informou toda a Comunidade na Alemanha Nacional Socialista e de forma menos drástica na Itália Fascista, segundo o princípio: nada contra o Estado, tudo dentro do Estado controlado pelo partido fascista, assim o pluralismo político desaparece.[582]

A pluralidade ou pluralismo carrega consigo um sentido de diversidade,

---

577 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000

578 KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**... p. 232-237.

579 VERDÚ, Pablo Lucas. **Introducción al derecho político**. Barcelona: J. Mª. Bosch, 1958, p. 113-114.

580 A riqueza do pluralismo jurídico reside exatamente na não redução do direito às instituições reconhecidas pela lei. Isso implica em uma contraposição ao monismo positivista.

581 VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría general de las relaciones constitucionales**. Madrid: Dikinson, 2000, p. 87.

582 *Frente al Estado totalitário com partido único que permea todo el entramado social, la llamada Gleichsetzen informo a toda la Comunidad em la Alemania nacionalsocilista y de modo menos drástico em la Itália fascista, según el princípio: nada contra el Estado todo dentro del Estado controlado por el partido fascitsta, así desaparece el pluralismo político*.

multiplicidade, e todas essas noções podem ser percebidas nas diversas manifestações do mundo contemporâneo, marcado pela extrema complexidade, ou hipercomplexidade, para enfatizar os desenvolvimentos das últimas décadas.

O tema do pluralismo assume um viés revolucionário, uma vez que as faíscas se acendem no toque entre uma concepção de direito afirmada como expressão de poder ou técnica e uma concepção de direito que, por sua vez, prioriza a diferença, a inclusão, a convivência e dá destaque ao comunitário.

A perspectiva da técnica é mais conveniente aos interesses dominantes, pois possui uma inclinação conservadora em relação a situações já estabelecidas. Por outro lado, a outra concepção é mais inquietante, uma vez que se baseia em valores e práticas sociais libertárias e emancipadoras, características que emergem na sociedade atual e que, inevitavelmente, demandam a tomada de posições capazes de desconstituir situações já estabelecidas.

O direito com uma abordagem puramente técnica mostra-se mais propenso diante de problemas de complexidade social e ambiental, que envolvem questões como preservação, acesso a direitos básicos como água potável, saneamento e moradia. Isso ocorre porque é mais fácil invocar a lei e a ordem como premissas gerais, impondo uma forma de juridicidade conveniente aos interesses prevalecentes em determinados momentos históricos. Por outro lado, a concepção emancipatória é transformadora e busca destituir interesses e privilégios, o que inevitavelmente leva a conflitos ou à resignação por parte daqueles que estão fora das influências da casta dominante do sistema.

As transformações no mundo têm se acelerado devido a uma variedade de fatores, sendo suficiente destacar um deles para termos uma compreensão, como é o caso da tecnologia. Esta, de certa forma, contornou questões de idiomas, distâncias e transmissão de dados, trazendo avanços significativos, mas também desafios. O poder transformador da tecnologia fez com que os volumosos pluralismos de ordem religiosa, cultural, econômica, filosófica, artística, política e jurídica, entre tantos outros, assumissem um elevado grau de incremento e sofisticação.

Na atual quadra histórica, pode-se afirmar sem receio que o direito tem preocupações singulares, concentrando-se principalmente em como gerenciar seu ordenamento, suas instituições e seu sistema de administração da justiça diante da hipercomplexidade do mundo. Esse desafio é ampliado especialmente com o

avanço da tecnologia em todas as suas modalidades, destacando-se o fator de comunicação e agregação das massas midiáticas, e, mais recentemente, a temática da Inteligência Artificial.

O problema não se limita à opção entre uma abordagem jurídica conservadora ou emancipadora, cujas distinções foram traçadas precedentemente. O mundo mudou e a humanidade não está sabendo o que fazer com essa diferença.[583]

Conforme amplamente divulgado em 2011,[584] a Islândia, com uma população de aproximadamente 400 mil pessoas, em meio a uma crise de representatividade política, mobilizou-se para revisar sua Constituição de 1944. Utilizando meios como o Facebook, a população contribuiu na escolha de um comitê constituinte composto por acadêmicos e líderes comunitários apartidários.

Este comitê organizou mais de 3.500 sugestões recebidas, resultando, segundo seus representantes, em uma configuração final do novo texto que seria totalmente diferente caso o processo se desse de forma tradicional. Esse processo avançou significativamente nos setores de transparência pública, direitos humanos e gestão dos recursos naturais.

Obviamente, a dimensão do país, o nível de instrução, politização e o acesso aos meios digitais facilitaram o processo, que em outras circunstâncias talvez não tivesse alcançado o mesmo êxito. Após a conclusão dos trabalhos, o texto foi encaminhado ao parlamento para as formalidades necessárias, visando tornar-se efetivamente a nova Constituição do povo da Islândia, conforme informado pela presidente do conselho constitucional, Salvör Nordal,[585] em entrevista à BBC Brasil.

O ato de elaborar um texto constitucional de forma compartilhada, superando séculos de teorias sobre representação popular, expressa algo extremamente relevante. No caso mencionado, foi uma ação positiva. No entanto, a mesma capacidade de organização pode ser direcionada para propósitos negativos, como ocorreu com as *fakes news*, utilizadas como estratégia de disputa política em diversos países. São complexidades com as quais o direito precisa lidar,

---

583 O texto se refere à humanidade em sua generalidade, observando de um prisma mais otimista. Embora exista uma parte não decente da humanidade, composta por egoístas, exploradores e hiper criminosos que, independentemente de tudo, se aglutinam e organizam em todos os tempos, lugares e circunstâncias para satisfazer seus interesses ocultos, essa não deve ser a métrica para avaliar o mundo e a humanidade ontologicamente. Aqui se conjuga o verbo freireano "esperançar".

584 BBC BRASIL. **Constituinte da Islândia testa limites da política pela internet**. 29 jul. 2011. Disponível em: https://bbc.in/3SbNKN9. Acesso em: 6 jun. 2023.

585 BBC BRASIL. **Constituinte da Islândia testa limites da política pela internet**...

representando um embate ao estilo do "decifra-me ou te devoro", como o enfrentado por Édipo diante da esfinge.

Considerando este último comentário, os próximos tópicos abordarão as relações de complexidade envolvendo o pluralismo. No entanto, antes de adentrar nesse tema, é necessário realizar um diagnóstico panorâmico para identificar aspectos complexos. Posteriormente, serão apresentadas teorias dotadas de uma episteme apropriada para lidar com essas complexidades.

No contexto da complexidade em questão, existem alguns sintomas sociais que indicam uma crise crescente e sistêmica, identificada nos mais variados aspectos da sociedade brasileira. Um exemplo notável é o problema da segurança, que é um dos grandes temas de discussão inadiável.

O sistema prisional é incontestavelmente desumano, mesmo que aqueles que para lá são destinados possam também ser considerados desumanos e cruéis. O sistema carcerário apresenta uma total contradição. Se a intenção de sua existência é que, de alguma forma, a prisão sirva para corrigir o condenado, o que esse indivíduo enfrenta em termos de aniquilação de humanidade é mais do que suficiente para torná-lo e até mesmo os detentos ainda não condenados definitivamente menos humanos e mais selvagens. Nesse contexto, a finalidade de corrigir a conduta delinquente não é alcançada.

O sistema prisional não atua no sentido estrito do termo, e, sob diversos pontos de vista, é um sistema em constante interação com o exterior da sociedade. Isso leva a paradoxos, como a situação em que de dentro dos presídios são traçados planos do crime organizado e a prática de mais crimes. Esse cenário, aliado à desumanização dos detentos, resulta não apenas na total inutilidade do sistema penal, mas também em enormes desvantagens para a sociedade.

Sem hesitação, é um fato público e notório no Brasil, dispensando até mesmo referências ou pesquisas para ser reconhecido, que o sistema prisional, mantido às custas do dinheiro dos contribuintes, opera de maneira a orquestrar crimes contra a própria sociedade. É evidente que, dificilmente, aqueles que entram no sistema conseguem se recuperar como seres humanos, tornando-se menos propensos a delinquir novamente, sem mencionar as situações de preconceito enfrentadas pelos egressos do sistema prisional.

Outro motivo de falência institucional é que a maioria dos indivíduos que entra no sistema, muitas vezes apresentando históricos de pequenos delitos ou

mesmo crimes de bagatela, considerados socialmente insignificantes, poderiam ser penalizados de maneira diferente. No entanto, ao saírem, tornam-se membros do crime, mais perigosos do que quando entraram, mais sofisticados e com um potencial danoso multiplicado para a sociedade.

Aqueles que não são condenados por crimes ou sequer suspeitos de praticá-los, em desacordo com as presunções de inocência, são muitas vezes submetidos a um sistema previdenciário deficitário, injusto e em franca decadência, com graves indícios de não ser autossustentável. A deterioração social permeia os sistemas públicos de previdência e saúde, caracterizados pela precariedade, limitações e repetidos desvios de dinheiro público em países como o Brasil.

Além da complexidade na segurança, há uma insegurança social em relação aos desamparados ou insuficientemente amparados no sistema assistencial e previdenciário. Observa-se que as reformas trabalhistas e previdenciárias, permeadas pelas razões neoliberais de um Estado mínimo, quando implementadas, tendem a restringir direitos. Essas reformas não são conduzidas com o objetivo de agregar mais direitos, criar ou aprimorar; a métrica parece sempre apontar para redução.

Além do desamparo aos idosos e às crianças, a exploração dos menores e adolescentes se manifesta de formas abjetas, desde a utilização de mão de obra barata até a exploração direta das próprias crianças para finalidades degradantes. Apesar de os filhos de Deus não estarem à venda, continuam sendo negociados para os propósitos mais abjetos.

O egoísmo crescente e a solidariedade em baixa refletem-se em comunidades inteiras em muitas cidades do Brasil, submetidas ao regime da violência, seja advinda de criminosos, milícias aliadas ao Estado ou do próprio poder estatal, que age segundo diversos tipos de preconceitos construídos com base em elementos como cor da pele, sexo, origens e classe econômica a que pertencem os cidadãos.

Acrescente-se também a esta receita funesta supra descrita o desemprego, a fome, a miséria, as injustiças estruturais e a baixa qualidade de acesso à própria justiça. Além disso, destaca-se a necessidade de muitas horas diárias trabalhadas apenas para conseguir cobrir os custos da própria estrutura de trabalho, sem nenhum tipo efetivo de ganho. Isso ocorre porque, simplesmente para estar no mercado de trabalho, há uma cota de consumo mínimo por pessoa, sem a qual

sequer é possível ter uma existência digital.

Assim, para custear a utilização de internet, celular, manutenção de redes sociais e as mínimas condições para se apresentar em público e manter a empregabilidade. No mundo do trabalho muitas vezes o gasto é maior ou equivalente ao que se ganha para se manter bem afeiçoado socialmente, mas que não permite nenhum tipo de economia ou ganho real de capital que possa ser empregado no desenvolvimento e crescimento da pessoa ou de seu grupo familiar.

E não é apenas o viver de aparências nas redes sociais; isso se tornou parte do ser humano e tem projetado cada vez mais a juventude para fora da realidade. O sentimento de desprestígio leva a processos de crises pessoais e a quadros de depressão. A necessidade de se sentir aceito num mundo competitivo, excludente e baseado em aparências tem agravado os quadros de saúde mental, principalmente entre os jovens.

A precarização das condições de trabalho, a eliminação de postos de trabalho, a fragilização ou mesmo inacessibilidade a políticas de educação, saúde, trabalho e previdência geram inseguranças e incertezas. A eliminação em massa de direitos trabalhistas, como os processos de "uberização", que sugerem uma suposta livre iniciativa e empreendedorismo das massas de trabalhadores, está criando um passivo de populações no futuro sem nenhum tipo de proteção previdenciária ou assistencial.

O crescimento de uma sociedade onde a desregulamentação das relações de trabalho aumenta, os trabalhos rentáveis diminuem, a ansiedade e as frustrações por não se conseguir alcançar patamares sociais projetados apenas pelas redes sociais a partir de vivências virtuais, que muitas vezes produzem mais frustração, são todas marcas desta época.

A incapacidade da classe trabalhadora de se organizar, o empobrecimento também das faixas de profissionais que integram o serviço público sem reajustes ou políticas sustentáveis de reposição salarial, a falta de qualificação para o mercado de trabalho cada vez mais globalizado, exigente e escasso, as reformas de ordem previdenciária e trabalhista que eliminam o que havia sobrado de direitos e a simples impossibilidade de se produzir riquezas para o futuro afetam os universos mentais das pessoas.

Essas situações descritas têm se consolidado de forma crescente como a normalidade na vida das pessoas. Além disso, há situações de caráter mais trágico,

como as condições geradas pelas guerras, conflitos tribais, desastres ambientais e econômicos, que têm gerado um passivo de populações de refugiados nas mais diversas partes do mundo. Os crescentes eventos climáticos que desequilibram o planeta globalmente têm feito do desterro e da errância características cada vez mais comuns na civilização do século XXI.

Além de todo esse quadro caótico, os reavivamentos constantes de ameaças nucleares, aliados aos terrorismos de diversas naturezas, têm lançado os povos cada vez mais na vala comum da incerteza, insegurança e desespero. Se não fosse pela tecnologia, riquezas e meios de alimentar a humanidade, poderíamos dizer que tudo isso seria inevitável. No entanto, todas essas mazelas poderiam ser, senão totalmente solucionadas, ao menos consideravelmente amenizadas.

As distâncias sociais se agravam e se tornam abissais, a concentração de renda em muitos países está longe de ser solucionada, e as guerras parecem ser instrumentos muito úteis aos dirigentes do mundo para simplesmente eliminar o excesso de contingente de seres humanos que não tem gerado lucro ao sistema, além de serem consideradas um peso desnecessário para os serviços públicos e estruturas sociais de vários países.

As receitas financeiras globais cada vez mais insistem nos equilíbrios fiscais, nos ajustes de economias, nas ideias de que somente orçamentos equilibrados podem assegurar direitos fundamentais. Por isso, procura-se justificar em todas as circunstâncias fórmulas no sentido de que apenas a saúde financeira das nações pode trazer o equivalente em qualidade de vida, benefícios e melhores condições de vida para os cidadãos. Essa é a razão da justificação, manutenção e intensificação das políticas neoliberais de um Estado minimamente mínimo.

Por outro lado, pequenas parcelas da população mundial vivem em meio a grande desperdício, concentração de renda, poder e benefícios. Os gastos militares de poucos anos das grandes e poderosas nações poderiam retirar das condições de miséria grande parte da população mundial em situação de vulnerabilidade.

As condições mundiais que existiam quando as grandes potências atuais conseguiram assumir suas posições de liderança são diversas das situações atuais. Dessa forma, o que foi válido em termos de justificação ideológica para tais nações atualmente são meramente retóricas, pois às outras nações jamais serão atribuídas as mesmas condições que, no passado, foram a causa determinante do domínio dessas nações.

A ideia de que o Estado é imparcial, busca o bem comum e detém o monopólio das funções de legislar, aplicar as leis e administrar a justiça em nome da segurança jurídica e da estabilidade social está gravemente distorcida. O atual estado de coisas só tende a agravar e desestruturar de vez a sociedade, tornando-a cada vez menos segura.

Em linhas gerais, este quadro geral demonstra alguns equívocos que são indicativos de uma crise maior de percepção da realidade, pois o direito não é neutro e não assegura estabilidade e segurança senão para quem já está muito bem situado social e economicamente. Aqueles que estão embaixo na escala social não têm condições de, por si mesmos, ascender socialmente, por mais que proliferem os discursos de empreendedorismo e livre iniciativa, porque as condições sociais históricas são distintas.

Desta forma, o poder estatal assume um papel não emancipatório, mas de manutenção de um status de dominância social e econômica que opera a partir da estruturação de um estado capitalista. Por isso mesmo, segue uma lógica da acumulação de riquezas e exclusão social, chegando até mesmo à eliminação social, que inclui seres humanos e a própria natureza.

O verdadeiro preço da prosperidade, riqueza e bem-estar de poucos é, justamente, a globalização da pobreza, da injustiça e da miséria material e espiritual do homem em escala crescente.

Diante de todo esse quadro negativo e que tende ao agravamento, surgem sinais de uma crise sistêmica cada vez mais abrangente e incontornável. Nesse contexto, o direito, enquanto poder normativo e instrumento de um mínimo de estabilização de expectativas, desempenha um papel absolutamente insubstituível, tanto no plano interno das nações quanto no cenário internacional, no grande concerto das nações.

A ideia de um direito centrado única e exclusivamente no poder do Estado, conhecido como monismo estatal, é alheia a todo um complexo de normatividades paralelas ao Estado, não menos legítimas e, em certos contextos culturais e sociais, mais legítimas ainda do que o próprio direito estatal, que identifica a legitimidade com a legalidade oficial e formal. Não é só porque a normatividade foi produzida no auge de um contexto que dava conformações egoísticas e individualistas ao Estado burguês.

As condições estruturais de dominação também se perpetuavam, pois, se o

direito do passado regrava certas circunstâncias para manter certos níveis de dominação e aparente estabilidade social e segurança, só o fazia diante da certeza de que aqueles que não tinham estabilidade, nem segurança jurídica, nem justiça, e nenhum dos bens e serviços que se asseguravam às classes dominantes simplesmente se calariam à força da violência simbólica.

O mesmo ato de vontade do Estado na administração da justiça, materializado no cumprimento de uma ordem judicial visando à proteção do direito de propriedade, dependerá das circunstâncias, do contexto e de sua inserção em um dado paradigma jurídico expresso nas modalidades de Estado Social, Liberal, do regime político que poderá ser de feição totalitária, ou ainda de um Estado de Direito não democrático, como no caso de uma ordem jurídica comunista onde se aplica o direito comunista, ou ainda de um Estado Democrático de Direito, como no caso do Brasil.

Todas essas predeterminações subjacentes ao cumprimento de uma simples ordem judicial vêm se delineando em um horizonte de sentido e perpassam pelas técnicas interpretativas adotadas por aquele que interpreta a norma, podendo advir um ato legítimo e regular ou um ato ilegítimo, violento, irregular.

A propriedade pode ser uma condição básica para manter a dignidade do ser humano, observando um dos fundamentos de um determinado ordenamento jurídico. No entanto, a propriedade de um indivíduo ou de um grupo pode ser equiparada na busca pela posição mais privilegiada junto ao Estado na administração da justiça, podendo até mesmo se sobrepor à dignidade humana, se adotada uma perspectiva baseada numa concepção de propriedade absoluta, como delineada no ideário do Estado burguês. Nessas circunstâncias, a vida, a dignidade e outros direitos podem ser sacrificados em favor da classe dominante, inclusive no contexto de um Estado Democrático de Direito.

A violência empregada nessas situações é muitas vezes explícita, embora suas motivações sejam frequentemente obscurecidas por eufemismos como cumprimento da lei, manutenção da ordem, interesse da sociedade, dever do poder público de conter a baderna, entre outros. Também pode haver motivações ideológicas, alegando que o país está em estado de miserabilidade em comparação com outras nações não democráticas ou liberais, sem considerar todo o contexto que levou cada povo até o ponto atual em sua história.

Em nome da propriedade, já se defendeu a escravidão e exigiu-se que o

cidadão fosse proprietário para exercer plenamente seus direitos políticos, vinculando a cidadania plena à condição de detentor de riquezas. Embora isso pareça extremo e injustificável atualmente, a questão social contemporânea inclui o problema da falta de moradia, que o Estado muitas vezes não resolve.

Por esses motivos, os atos praticados contra comunidades sem teto ou sem-terra representam formas de violência estatal que perpetuam processos de exclusão da categoria de cidadãos, assim como anteriormente o critério de exclusão privava o cidadão da própria cidadania. No entanto, agora, o fator de exclusão está relacionado à falta de moradia, criando subespécies de cidadania.

Há muito mais em comum entre os naufrágios de refugiados no Mar Mediterrâneo nas costas da Itália, o perecimento de populações por falta de alimento e água em regiões da Ásia e África, com as incursões da polícia em favelas das grandes cidades do Brasil e da América Latina, do que se possa imaginar. Os regimes de segregação social podem ter acabado em muitas partes do mundo, mas suas origens continuam gerando situações de injustiça. Afinal, qual é o problema do terceiro mundo?

Por que continentes imensos como a África e a América do Sul continuam gerando condições de miséria, exclusão e violência, mesmo tendo tido tanto ou mais recursos do que qualquer outra parte do mundo quando eram colônias? As respostas dadas a partir das críticas ao capitalismo e aos regimes de injustiça que têm gerado ao redor do globo não têm sido suficientes para contornar os problemas, muito menos resolvê-los.

Após um aparente progresso da humanidade nas últimas décadas, os problemas sociais novamente se intensificam, agravam e constrangem. Não bastam as estatísticas demonstrarem que, pelas métricas atuais, determinada região e determinado povo saíram da linha da miséria porque aumentaram 3 ou 4 dólares em sua renda diária. Isso seria o melhor que a atual civilização tem a oferecer?

Obviamente, em um inventário tão complexo e desafiador, não há como trazer respostas para tudo, pois se já estivessem aí, em grande parte as soluções teriam sido implementadas. No entanto, o fato é que as coisas são como são porque se permitiu que se chegasse a tanto. O mundo poderia ser diferente, e não há como se conformar com isso.

Imaginar que uma, duas ou 100 pessoas concentrem mais riquezas que nações ou continentes não pode deixar de ser escandaloso e causa constante

vergonha para a civilização humana. A anestesia moral não pode ser tão intensa ao ponto de justificar que a riqueza do patrão é a condição de sobrevivência para gerar trabalho e renda para os empregados. Isso é uma justificativa banal, imoral e vergonhosa quando olhada pelo critério das condições mínimas de dignidade humana, que implica cuidados integrais com o ser humano.

O problema é que, mesmo com a estrutura de Estado até pouco tempo, e com os Estados nacionais se articulando globalmente, esses problemas já existiam. Quando a estrutura mundial se transforma não estatal, mas corporativa, aí é que não sobra mais esperança alguma de mudar as condições estruturais desta civilização atual. Antes, havia respostas vergonhosas para a questão da miséria; atualmente, nem se precisa mais pedir desculpas.

O que todos os parágrafos acima têm a ver com a questão do pluralismo e com o pluralismo jurídico em especial? Como o pluralismo não concentra no Estado a sua única fonte normativa e tem por valor e como processo, conforme a perspectiva conceitual apresentada no início deste capítulo, mesmo se a atual estrutura estatal e suas funções viessem a desaparecer, a legitimidade da juridicidade pluralista permaneceria duplamente fortalecida, porque valor e processo, de tal forma que uma alternativa plausível para combater os efeitos nefastos do atual mundo global é uma perspectiva pluralista em todos os sentidos da sociedade humana.

Não pode existir outro mundo senão aquele que o ser humano permitiu construir para si mesmo e para os outros, e isso implica basicamente em possibilidades de uma grande dose de egoísmo, individualismo e desconfiança, além do instinto e da sede de poder do qual nenhum regime humanamente construído abre mão, nas democracias com menor intensidade.

Na seara do direito, diante de um diagnóstico realista, elencar algumas providências possíveis para contribuir na construção de um mundo menos injusto e triste é fundamental. O direito tem um papel crucial neste sentido, que consiste justamente em identificar dentro dos quadros institucionais gerais da oficialidade o quão distante a lei e a realidade dos fatos se afastam nas sendas do tempo e da história de cada povo e das coletividades, seja no plano interno, seja no plano internacional.

A construção de um mundo baseado no individualismo, no egoísmo e na dominação resultou em um cenário desolador para a humanidade. Diante desse

panorama, torna-se imperativo do ponto de vista axiológico a edificação de uma realidade oposta. No entanto, do ponto de vista técnico-jurídico, isso só se concretizará se a própria racionalidade originada do liberalismo burguês individualista e egoísta for substituída por uma que promova a cooperação em detrimento da competição, a solidariedade em vez do individualismo, e a pluralidade no lugar da oficialidade reclusa na estatalidade capitalista e formal.

Nesse contexto, algo precisa emergir como contraponto à realidade enfrentada pelos povos empobrecidos e espoliados do mundo. A crítica marxista já tentou desempenhar esse papel vigorosamente, mas ao se converter em ideologias totalizantes, acabou por marcar a história com violência e dominação, seja em nome do indivíduo ou do coletivo, gerando regimes igualmente ou até mais opressores do que aqueles que buscava substituir.

Dessa forma, tais assertivas não implicam na desconsideração do que é verdadeiro e justo em cada sistema, conjunto de concepções ou conceitos. Uma coisa é a ideia por trás de cada regime, sistema, concepção de vida, sociedade ou até mesmo da representação de Deus. Outra coisa é o resultado prático dessas ideias quando aplicadas na sociedade.

Conclui-se que nenhum sistema escapou dessa vala comum, seja o marxismo, o capitalismo, o liberalismo, ideologias de esquerda ou direita. Até mesmo doutrinas baseadas em valores como doação, humildade e amor, como o cristianismo, não foram capazes de escapar das batalhas sangrentas travadas em nome desses princípios. Diante desse quadro complexo, o pluralismo jurídico surge como uma abordagem que, ao transformar formas de juridicidade, pode oferecer soluções plausíveis.

O pluralismo jurídico reconhece as limitações das ideologias em relação aos seus resultados e traz uma renovada esperança ao destacar a importância de compreender que além da estatalidade econômica abstrata e teórica, existem normas em comunidades originadas de concepções culturais, religiosas, sociais e costumeiras. Essas normas possuem absoluta legitimidade em relação às quais o quadro normativo estatal não pode simplesmente se fechar, sob o risco de provocar consequências no futuro, algo que a história do constitucionalismo já testemunhou inúmeras vezes.

Neste ponto, a referência se dirige às situações de insurgência, terrorismo e guerras. Os direitos devem existir para substituir a brutalidade, pois a experiência da

humanidade tem demonstrado que melhor do que a lei da força é a força da lei. As guerras devem ser cada vez mais o último recurso legítimo das nações para se defenderem de agressões.

Destaca-se também os ataques à democracia, as campanhas de desinformação (*fake news*) que colaboraram para alçar ao poder muitos líderes de extrema direita com um ideário agressivo aos valores democráticos e às liberdades públicas. Esses eventos, de certa forma, representam uma ameaça à própria civilização humana como projeto existencial. As guerras travadas nas bolhas ideológicas acabaram trazendo a litigiosidade tóxica e nervosa dos campos de batalha e dos palcos políticos para dentro dos lares, afetando relações familiares, comunidades, grupos e instituições.

Em países como o Brasil, há um adendo importante. O veneno das redes se manifestou no conservadorismo religioso fundamentalista cristão, o que dividiu as igrejas evangélicas em diversos pequenos grupos, mas de grande poder midiático. Isso minou ainda mais as relações sociais e, consequentemente, fragilizou a democracia, que foi minada por forças externas e internas, atacada tanto pela micropolítica quanto pela macropolítica. Este diagnóstico aponta para os grandes problemas atuais, e nem todos estão elencados.

Ao buscar o diamante na cava, detectam-se duas teorias bastante úteis, dotadas de instrumentais teóricos complexos, sofisticados e extremamente refinados para racionalizar a complexidade. Trata-se das Teorias dos Riscos de Raffaele De Giorgi[586] e da Teoria dos Sistemas do sociólogo alemão Niklas Luhmann,[587] que, apesar de ainda não terem alcançado uma ampla disseminação no Brasil, isso não se deve a alguma inconsistência, mas sim à sua carga de complexidade.

Em se tratando da teoria sistêmica, estamos no campo da complexidade, o que justifica usar esse referencial como um marco teórico para enfrentar as diversas complexidades com as quais o direito se depara, especialmente em sua aplicação no Direito Constitucional.

Essa abordagem tem sido um fator de grande incremento teórico, a ponto de

---

[586] DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998; DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v. 9, n. 1 p. 37-49 mar./jun. 2008. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13100. Acesso em: 24 jan. 2024.

[587] LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Ediciones Paidós, 1997, p. 44.

um dos seus maiores representantes no Brasil, Marcelo Neves,[588] afirmar que o trabalho de Luhmann certamente "pode ser inscrito como um dos mais importantes na área da sociologia, no século passado".

A concepção da sociedade como um imenso sistema dotado de vários subsistemas, que interagem sem que nenhum deles perca suas especificidades próprias, permite que instâncias tão diversas como a Religião, a Política, o Direito, a Economia e tantas outras se especializem e mantenham o sistema social em funcionamento dinâmico.

Essa abordagem, que reconhece a delimitação e os códigos próprios de cada sistema, é uma possibilidade teórica para compreender uma sociedade pós-moderna "hipercomplexa" e "policontextural".[589] Nesse contexto, não há um centro da sociedade como referência; em vez disso, existem muitos referenciais, e não há um sistema ou mecanismo social como ponto de partida para compreender todos os demais.

Uma das grandes virtudes da Teoria dos Sistemas é a rejeição total do modelo fragmentário pós-moderno ao conceber a sociedade como um todo. Nesse enfoque, sistemas como o direito, a economia e a política reproduzem-se de forma unitária e generalizada, de acordo com os seus códigos-diferença (lícito/ilícito, ter/não ter, poder/não poder). Isso não implica negar a pluralidade desses subsistemas dentro de suas próprias lógicas operativas.

A proposta de Lhumann, segundo Marcelo Neves[590], consiste em reconhecer que a complexidade social descarta modelos simplistas, que se mostram socialmente inadequados para lidar com essa complexidade caracterizada pela multicentralidade. O enfoque predominante desse novo olhar é voltado para a análise do poder. Neves explica[591] que a Teoria da Sociedade incorpora a complexidade da sociedade moderna diante da insuficiência de outros modelos que tentem "descrever, esclarecer ou justificar a sociedade por um único mecanismo ou aspecto".

Ele cita construções teóricas focadas em certos aspectos preponderantes ou até exclusivos, como empreendido por Michel Foucault, ou sob o enfoque da luta

---

588 NEVES, Rômulo Figueira. A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann: entrevista com Marcelo Neves. **Revista Plural Sociologia – USP**, São Paulo, 2º sem. 2004. Disponível em: https://bit.ly/3U8esJ2. Acesso em: 6 jun. 2023.

589 NEVES, Rômulo Figueira. **A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**... p. 127.

590 NEVES, Rômulo Figueira. **A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**... p. 127.

591 NEVES, Rômulo Figueira. **A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**... 123.

de classes como fez Karl Marx, ou ainda sob o viés do capital simbólico como procedido por Pierre Bourdieu, ou sob o prisma do agir comunicativo, como fez Jürgen Habermas. Neves argumenta que todas essas formulações teóricas são insuficientes porque não conseguem enfrentar a diversidade de problemas contemporâneos.

Isso se deve ao fato de não haver um centro da sociedade, um sistema ou um mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos; todos precisam ser analisados em sua interação mútua.

Certamente, a evolução do pensamento teórico muitas vezes está atrelada à necessidade de adaptar as concepções originais a novos contextos, desafios e transformações sociais. O pensamento de Habermas, assim como o de outros teóricos, reflete essa dinâmica de constante revisão e ajuste em resposta às mudanças no mundo ao seu redor.

Ainda assim, há uma diferença essencial que não pode ser desprezada. Apesar de não abranger todas as nuances, é difícil imaginar uma teoria que o faça. Nem mesmo Luhmann afirmou ou escreveu que sua teoria poderia realizar essa tarefa. No entanto, o referencial teórico de sofisticação e complexidade não deve ser negligenciado.

A decorrência natural de buscar soluções para problemas sistêmicos é desenvolver uma abordagem sistêmica. Por mais simples que isso possa parecer, é da combinação de várias formas de enfoques que se pode deduzir um instrumental capaz de oferecer respostas mais aproximadas para os problemas atuais. Certamente, essas soluções serão menos imprecisas do que as soluções costumeiramente empregadas.

Não se pode negar que a Teoria dos Sistemas sociais do sociólogo alemão Niklas Luhmann é uma das construções teóricas contemporâneas mais complexas e abrangentes. Atualmente, Rafaele de Giorgi, em Lecci, na Itália, tem dado continuidade a esses estudos, cuja aquisição iniciou quando era orientando de Luhmann. No Brasil, Marcelo Neves é uma das grandes referências e tem contribuído significativamente para a difusão dessa importante teoria.

A hipercomplexidade da sociedade atual destaca a necessidade de compreender mais profundamente as exigências do pluralismo, mostrando que são mais intensas do que se pode imaginar inicialmente. Neste sentido, a compreensão da origem da teoria dos Sistemas abre muitas novas perspectivas, mesmo que não

seja adotada em sua complexidade.

A Teoria de Luhmann foi influenciada por diversas fontes, conforme citadas por Marcelo Neves.[592] Algumas dessas influências incluem a teoria da biologia que trata do estudo da autopoiese, baseada nos trabalhos dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, a teoria do cálculo de George Spencer Brown, a teoria construtivista de Heinz von Foerster, as teorias subjacentes aos modelos cibernéticos, a filosofia fenomenológica de Husserl e as teorias sociais de Émile Durkheim e Talcott Parsons.

O autor aborda com distinção temas que incluem o sistema biológico, sistema psíquico, social, comunicação, abordagens jurídicas, sociológicas e teoria computacional. Para obter uma compreensão mais aprofundada, recomenda-se consultar a Dissertação de Mestrado do autor desta tese,[593] em que esses temas são explorados em diversos aspectos.

Marcelo Neves[594] observa que a aplicabilidade da teoria dos Sistemas a casos concretos é limitada devido à complexidade da teoria, exigindo uma dedicação quase integral. Além disso, alguns pontos permanecem em aberto, o que dificulta sua implementação.

Neves[595] esclarece que o artefato conceitual de sua teoria é altamente abstrato, destacando que sua teoria não é conclusiva nem um projeto finalizado e fechado. Pelo contrário, trata-se de uma teoria inicial, aberta a novas incursões e alternativas, em consonância com o verdadeiro espírito de Luhmann.

Em relação à disseminação ainda restrita da obra de Luhmann no mundo e no Brasil, Neves[596] destaca que a perspectiva de observação do modelo luhmanniano originário difere da perspectiva brasileira. No entanto, ele conclui seu escrito com as palavras-chave que nomearam seu artigo: "Eu vejo o que tu não vês"![597]

---

[592] NEVES, Rômulo Figueira. **A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**... p. 15.

[593] LARA, Paulo Cesar de. **A aposentadoria e seus efeitos no contrato de trabalho**: um estudo a partir da intangibilidade dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 96-138. O autor desta tese aprofundou mais este tema em sua Dissertação de Mestrado.

[594] NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann. “Eu vejo o que tu não vês”. *In*: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. **O pensamento alemão no século XX**: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil. 1. ed. v. 1. São Paulo: Cosac Naify Portátil, 2013, p. 366. Disponível em: https://bit.ly/3U8GRib. Acesso em: 6 jun. 2023.

[595] NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann. **Eu vejo o que tu não vês**... p. 131.

[596] NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann. **Eu vejo o que tu não vês**... p. 132.

[597] NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann. **Eu vejo o que tu não vês**... p. 132.

Carvalho Netto[598] destaca que a política e o Direito, percebidos vivencialmente e reconstruídos teoricamente como desafios de longa data a serem resolvidos nos espaços públicos, apresentam uma improbabilidade significativa. Ele argumenta que, para a produção e reprodução contínuas da sociedade autopoieticamente, seria necessário um constante acordo em todos os momentos.

Um estado funcional com a capacidade de autorreprodução em uma dinâmica altamente complexa tornou-se possível não por meio da participação efetiva e permanente nas decisões públicas. Pelo contrário, como demonstra Niklas Luhmann, isso ocorre por meio de um processo interno de diferenciação e especialização funcional da sociedade em diversos subsistemas sociais.[599]

Carvalho Netto explica que nesta sociedade complexa, que acabou criando "monstros"[600] para garantir sua própria produção e reprodução, coexiste com uma concepção de exigência lógico-racional do reconhecimento recíproco entre as pessoas universalmente livres e iguais.

No entanto, essa dinâmica é contornada por instâncias cujos conceitos são bem conhecidos, como o mercado, o Estado, o Direito, todos subsistemas especializados e funcionalmente diferenciados. Esses elementos garantem a reprodução social de forma absolutamente independente das pessoas, que são como que "atacadas pelas costas".

---

[598] CARVALHO NETO, Menelick de; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.) **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

[599] A abordagem luhmanniana do Estado se baseia na visão da sociedade como um sistema amplo composto por vários subsistemas especializados, cada um dedicado a diversas funções necessárias para o funcionamento completo do Estado. Os subsistemas, como direito, política, economia, religião e moral, integram-se a esse sistema maior em um arranjo interno que permite o intercâmbio de elementos entre eles. Seguindo essa diretriz teórica, pode-se entender a elaboração sofisticada de Luhmann do conceito de Estado como uma evolução, resultante do intercâmbio de diversos elementos que compõem os subsistemas. Nesse contexto, a política e o direito interagem de maneira que a política legitima o direito, conferindo-lhe a força necessária para fazer valer os atos de poder. Por outro lado, o direito possui força, mas carece de legitimidade até receber a validação da política. Essa dualidade na juridicidade, composta pelos sentidos e naturezas do direito e da política, se conecta estruturalmente em um arranjo sistêmico refinado, sem precedentes na história do direito. Constitui um elo recíproco que mantém sua própria especificidade. O direito interage com a política, preservando sua natureza, e a política interage com o direito, mantendo sua própria essência. Ambos os subsistemas operam com códigos próprios e racionalidades distintas, oferecendo assim um instrumental teórico valioso para a interpretação de uma variedade de fenômenos nas esferas econômica e política, tanto em âmbito nacional quanto global.

[600] O curioso é que se está falando da natureza autopoiética da sociedade em se produzir e autorreproduzir, mas se o tema fosse por exemplo os avanços e apreensões quanto a inteligência artificial o tema seria exatamente o mesmo, o temor da face monstruosa que a tecnologia pode vir a revelar no futuro, matéria largamente explorada na ficção científica mas que atualmente vem despertando os mais diversos debates em torno disso, a controlabilidade do que se cria e o temor quanto a uma capacidade adquirida de autorreprodução de um determinado sistema.

Carvalho Netto [601] alerta para esse risco, destacando que os subsistemas têm o poder de inverter completamente o sentido imaginado para determinadas ações, apesar de sua relevância, grandeza e valor. Este é um risco inevitável, e no contexto dos direitos fundamentais, por exemplo, no âmbito do direito, pode ocorrer exatamente isso: ao buscar mais direitos, pode-se acabar com menos; ao implementar certas políticas para afirmar tais direitos, pode ocorrer o contrário.

Mesmo ao acreditar no fortalecimento da Constituição, das instituições e da soberania popular através do processo democrático de uma eleição, os resultados podem ser precisamente o oposto.

Ao descartar a possibilidade de um ponto de observação único ou privilegiado do social, Luhmann ressalta que nem mesmo a política possui essa característica; ela é um sistema em competição com outros. A visão oposta, originada de uma concepção simplista da sociedade que coloca a política como um supersistema, tem levado apenas a desilusões.

A menção às Teorias dos Riscos e dos Sistemas justifica-se aqui, pois são teorias da complexidade que têm relevância para o tema da tese, compartilhando pontos em comum com a temática do pluralismo. Da mesma forma, a metodologia utilizada é semelhante à aplicação de teorias psicanalíticas ao explorar temas relacionados à identidade do sujeito constitucional, proporcionando uma iluminação mais profunda.

O uso da filosofia da linguagem, da literatura, da neurociência e neurologia, da biologia cognitiva, entre outras disciplinas, no tratamento dos temas numa perspectiva interdisciplinar, pode ser considerado uma metodologia. O intercâmbio de saberes de áreas diversas, sem qualquer traço de erudição, tem como finalidade enriquecer a discussão do objeto de pesquisa e garantir a unicidade como fio condutor do estudo.

Esse procedimento metodológico pode prevenir a fragmentação do conhecimento e, ao mesmo tempo, democratizar o novo saber produzido, resultante dessa simbiose. Isso abre caminhos dialógicos para que diversos atores da comunidade científica e de diferentes áreas tenham a oportunidade de participar. Cada um pode contribuir com algo de sua respectiva área de conhecimento na

---

[601] CARVALHO NETO, Menelick de; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.) **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 144.

construção global do tema, permitindo adições, supressões ou modificações. Isso assegura uma abordagem rica, abrangente e integradora, em última análise, holística.

A civilização enfrenta horizontes cada vez mais cinzentos em sua história, marcados por limitações crescentes como a restrição dos recursos naturais. A falta de entendimento global sobre o tempo, as metas e a factibilidade de um projeto consistente que conecte o tempo às metas intensificam os riscos e reduz as expectativas de êxito. Rapidamente chegamos a pontos da estrada dos quais é pouco provável haver retorno.

Por outro lado, a necessidade de o direito construir um caminho para enfrentar com eficiência e sabedoria esses pontos de estrangulamento, tanto na esfera global quanto na esfera local, torna-se cada vez mais urgente. O apelo a diversos referenciais, teorias, ideias e autores não implica necessariamente uma entrega absoluta numa aposta de tudo ou nada.

As opções metodológicas, por si só, devem ser concebidas de maneira a permitir a identificação de que o anseio por justiça social, como se depreende dos escritos de Marx, possui um sentido colaborativo e integrador semelhante às teorias da doutrina social da Igreja, no que diz respeito à necessidade de justiça. Buscar o que têm em comum não implica em sincretismo metodológico.

Se os antigos gregos eram capazes de construir seu complexo mundo do pensamento a partir da totalidade, é verdade que o pensamento moderno, em grande medida, conseguiu superá-los. Dificilmente alcançará tal feito a partir de visões fragmentadas da vida, do homem e da natureza.

O tópico concluído discorreu inicialmente sobre o fenômeno do Pluralismo de uma forma geral, analisando seus elementos constitutivos, seu conceito, sua estruturação e sua origem e evolução histórica. Também abordou a estruturação dos paradigmas desde o surgimento do termo na filosofia grega, passando pelos medievos e chegando aos autores modernos.

Além disso, tratou da temática pela Filosofia da Ciência e destacou a importância do conceito de paradigma de Thomas Kuhn. Por fim, explorou a emergência do paradigma pluralista numa perspectiva de alternativa para compreender e influenciar o mundo contemporâneo.

3.2 ELEMENTOS DO PLURALISMO JURÍDICO: CODIFICAÇÕES E PLURALISMO LOCAL E GLOBAL

Discorrido sobre o pluralismo em sua acepção genérica, suas origens e demais aspectos, os entrelaçamentos do tema sob a perspectiva de sociedades complexas e os respectivos referencias teóricos que tratam dessa complexidade. O tema a ser abordado na sequência diz respeito à conformação do pluralismo jurídico propriamente dito e o pluralismo jurídico em face ao sistema jurídico positivado e codificado, bem como os aspectos mais relevantes do pluralismo local e global.

Norbert Rouland[602] destaca que, embora todos os antropólogos do direito concordem sobre a existência do pluralismo jurídico, não conseguiram chegar a um consenso sobre uma definição única do fenômeno. A definição do conceito está intrinsecamente ligada à definição do objeto. Devido aos diversos enfoques sobre o tema, há várias definições, mas é crucial ter algum tipo de conceito, definição ou ideia clara sobre o que está sendo discutido. Caso o enfoque do objeto seja modificado, a definição também se altera.

Reunindo os mais diversos enfoques e considerando as mais variadas definições de pluralismo, ousa-se a formação de uma definição. A título de conceituação, o pluralismo jurídico, tal como apresentado nesta tese, possui uma dupla perspectiva, sendo a primeira de ordem substancial e a segunda de ordem procedimental adjetiva.

Enquanto valor, o pluralismo jurídico pode ser conceituado como o tratamento de temas da diversidade de fontes, numa perspectiva de igualdade e inclusão, sem excluir a estatalidade, mas não se reduzindo a esta. Ele promove a interação e complementaridade simultânea do Estado, de organizações não governamentais, comunitárias e étnicas, no contexto de uma sociedade complexa. Isso considera uma participação ativa e autodeterminada, visando à democratização das relações jurídicas por meio de uma juridicidade que assegure a plena participação popular na criação, aplicação e interpretação das normas que afetam seu bem-estar.

Enquanto processo, o pluralismo jurídico consiste na adoção de uma metodologia de ordem técnico-jurídica ampla, complexa e inclusiva na solução dos

---

[602] ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**: antropologia jurídica da modernidade. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 158.

conflitos, na perspectiva da convivência numa mesma sociedade de múltiplas e legítimas normatividades de ordem tradicional, prática, cultural, consuetudinária, religiosa, comunitária de grupos étnicos e sociais diversos. Para tanto, dispõe de mecanismos processuais internos e externos à ordem jurídica nacional para alcançar seus objetivos.

Antônio Carlos Wolkmer[603] analisa a origem do pluralismo, afirmando que, segundo Norbert Rouland,[604] tradicionalmente atribui-se a criação do pluralismo jurídico aos autores holandeses de direito consuetudinário, coordenados por Cornelis van Vollenhoven, em princípios do século XX, nos estudos das populações autóctones da Indonésia. Isso não desconsidera a atribuição da criação do termo originalmente a John Sydeham Furnivall em 1939, ao descrever o pluralismo na economia das sociedades da Indonésia submetidas ao expansionismo colonial europeu, especialmente o holandês.[605]

Ele acentua também[606] que um dos aspectos mais relevantes do pluralismo jurídico é a diversidade e a potencialidade de normatividades que expressam a coexistência de situações, objetos, propriedades e elementos distintos. Esses integram o conjunto de fenômenos autônomos, procedimentos paralelos e regras heterogêneas, que se manifestam na realidade, contudo, não se reduzem a si mesmas.[607]

Ao traçar seu panorama sobre a origem e desenvolvimento do pluralismo jurídico, Pablo Iannelo[608] retroage ainda mais no tempo para identificar Sir Henry

---

603 WOLKMER, Antônio Carlos; GARCÍA, Germán Silva (ed.). **Tratado Latinoamericano de Sociología Jurídica**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudos, 2023. p. 453. Disponível em: https://bit.ly/3u5tuob. Acesso em: 29 de dez. 2023.

604 ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**: antropologia jurídica da modernidade. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 183.

605 *De acuerdo con la tradición de la antropología jurídica, los verdaderos creadores del pluralismo legal, según señala Norbert Rouland, fueron "los autores de la Escuela Holandesa de derecho consuetudinario (Adat Law School), dirigida por Cornelis van Vollenhoven a principios del siglo xx, que analiza el derecho de las poblaciones autóctonas de Indonesia". Mientras tanto, es necesario subrayar que la expresión "pluralismo jurídico", utilizada por primera vez por John Sydeham Furnivall en 1939 para describir el pluralismo en la economía de las sociedades de Indonesia sometidas al expansionismo colonial europeo, particularmente holandés*.

606 WOLKMER, Antônio Carlos; GARCÍA, Germán Silva (ed.). **Tratado Latinoamericano de Sociología Jurídica**… p. 454.

607 *Una de las características más determinantes del pluralismo jurídico es la diversidad y la potencialidad de normatividades que expresan la coexistencia de situaciones, objetos, propiedades y elementos distintos que integran el conjunto de fenómenos autónomos, procedimientos paralelos y reglas heterogéneas, que se manifiestan en la realidad, pero no se reducen entre sí*.

608 IANNELO, Pablo. Pluralismo Jurídico. **Enciclopedia de Filosofia y Teoria del Derecho**, vol. 1, p. 107-1059. 2014. Disponível em: https://bit.ly/3SbOO3p. Acesso em: 16 jun. 2023.

Maine como um dos pioneiros no estudo do pluralismo. Ele afirma que a literatura considera Sir Henry Maine[609] como "um dos pioneiros no estudo da evolução das estruturas jurídicas das sociedades primitivas a partir das noções de parentesco, indivíduo, status e contrato"[610] (tradução livre), atribuindo a informação a Engle Sally Merry. No entanto, ao consultar a autora citada em sua citação original,[611] não se verifica nenhuma menção a Sir Henry Maine, nem algum registro nas referências bibliográficas.

Apesar dessa omissão, consta da obra de Sir Henry Maine[612] um extenso estudo em que se destaca que os acontecimentos históricos das sociedades primitivas são de difícil compreensão, dada a complexidade da organização social dessas sociedades em comparação com as sociedades modernas. Ele aponta para a dificuldade no tratamento desses fenômenos, considerando o pouco ou quase nada que se sabe sobre eles, bem como as fontes de onde se desenvolveram as formas de restrição moral que controlam as ações e formam as regras de conduta do homem moderno.[613]

Sobre a classificação do pluralismo, Antônio Carlos Wolkmer[614] afirma que não há um acordo rigoroso sobre o que é o pluralismo jurídico. No entanto, destaca a designação atribuída a John Griffiths ao assentar que o pluralismo jurídico, como um fato, critica o centralismo jurídico como uma representação simbólica, um fetiche, uma distorção da realidade.[615]

Wolkmer admite um pluralismo permitido pelo próprio Estado, ao que designa pluralismo débil, que reconhece os direitos internos, destacando a classificação de John Griffiths, e que, por natureza, é transitório. A isso se contrapõe

---

609 MAINE, Sir Henry Sumner. **Ancient law**: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. New York: Henry Holt An Company, 1906, p. 106.

610 Do original: "*uno de los pioneros en estudiar la evolución de las estructuras jurídicas de las sociedades primitivas a partir de las nociones de parentesco/individuo y estatus/contrato*".

611 MERRY, Sally Engle. Legal Pluralism. **Law and Society Review**, v. 22, nº 5, 1988, pp. 869-896.

612 MAINE, Sir Henry Sumner. **Ancient law**… p. 106.

613 Apesar de se utilizar o termo "complexidade" ao se referir a sociedade atual, observe-se que a obra originária de Henry Sumner Maine foi publicada em 1861.

614 WOLKMER, Antônio Carlos; GARCÍA, Germán Silva (ed.). **Tratado Latinoamericano de Sociología Jurídica**… p. 485.

615 *Se trata ahora de introducir, aún ante las distinciones y la falta de un acuerdo riguroso acerca "de lo que es" el pluralismo jurídico, la forma en que este ha provocado algunas tipologías conceptuales y temporales entre investigadores de la antropología, la sociología y del derecho. Una primera designación, considerada de gran importancia, ¿es la de John Griffiths en su seminal artículo "What is legal pluralism?" que, al admitir al "pluralismo jurídico como un hecho", critica la ideología del "centralismo jurídico" como una representación simbólica, un fetiche, una distorsión de la realidad*.

o pluralismo forte, expressando a realidade empírica da sociedade, afastando os conceitos de legalidade da tradição positivista.[616]

Quanto à metodologia de estudo, este autor afirma que os rudimentos de sociedade até o ponto em que é possível conhecê-los foram obtidos a partir de três procedimentos possíveis. O primeiro é por meio de testemunhos baseados em relatos de observadores contemporâneos daquelas civilizações, que eram menos avançadas do que as deles. O terceiro é por meio de registros preservados por esses povos sobre sua história primitiva e antigas leis.

Desta forma, o melhor tipo de evidência seria baseado nos testemunhos. As sociedades não avançam simultaneamente, mas em diferentes taxas de progresso, o que teria sido registrado por aqueles que estavam mais próximos para testemunhar e descrever a infância da humanidade.

Esse método de investigar sociedades que se aproximam mais do passado, por meio de estudos de povos distantes da civilização contemporânea ou até mesmo isolados, foi também empregado por Émile Durkheim na área da sociologia. Esses estudos foram publicados na obra sobre os estudos elementares das formas religiosas. Além disso, Sigmund Freud, na psicanálise, utilizou essa abordagem em sua obra "Totem e Tabu", analisando a cultura, hábitos e crenças dos polinésios e australianos, tema tratado oportunamente.

As diversas tendências de pluralismo jurídico podem ser organizadas em três grupos iniciais. A primeira refere-se a uma concepção historicamente datada entre os anos 1970 e 1980, em que se propagava o chamado Direito Alternativo. Essa concepção relativizava a formalidade do direito e, por isso mesmo, implicava em insegurança jurídica aos olhos dos seus críticos. Contudo, sem a mínima margem de dúvida, essa fase foi a mais romântica, idealista e bela da história do direito brasileiro desde a sua origem com a República.

Nessa época, emergiu uma legião de pensadores e muitos jovens juristas idealistas, imbuídos de um profundo sentimento de justiça e angústia. Eles não encontravam no ordenamento jurídico vigente os instrumentos necessários para harmonizar a vida democrática com a dignidade dos direitos que, formalmente, não existiam ou, se existentes, não eram interpretados de maneira emancipadora.

---

[616] *Dicho autor destaca la existencia de un pluralismo jurídico permitido por el propio Estado (pluralismo jurídico "débil"), que reconoce otros derechos internos, y que es por naturaleza transitorio. A él se contrapone el pluralismo jurídico "fuerte", que expresa la realidad empírica de la sociedad y rechaza los conceptos de legalidad de tradición positivista*.

Registram-se essas distinções como um ponto de partida, mesmo que se possa desconstruí-las, explorar ou iluminar algum ponto mais relevante, ou mesmo fazer algum tipo de justiça histórica, caso se entenda que alguns de seus inspiradores não tenham sido bem compreendidos.

A segunda forma de perceber o direito, a partir dos anos 1990 e 2000, com a Constituição cidadã em vigência, trouxe uma mudança significativa. Muitos direitos, antes disputados na base da marginalidade em relação à própria lei, agora estavam contemplados no texto constitucional, dependendo de sua implementação disseminada no corpo social e jurídico. Pode-se dizer que esta fase foi caracterizada pela esperança.

Em um novo contexto de constitucionalidade, muitos dos anseios da fase da Assembleia Nacional Constituinte foram alcançados, representando um rejuvenescimento da democracia e marcando de forma notável a história constitucional brasileira. Esse período foi crucial para a concretização de muitos objetivos almejados durante a elaboração da Constituição. Ao contrário de ser uma impostura baseada em uma Constituição ilegítima, como sugeriu Luis Roberto Barroso, foi um momento que evidenciou o sucesso do projeto constitucional brasileiro.

Portanto, saía-se da afronta e do rompimento com a fronteira da legalidade para o campo do fazer valer tais direitos. Foi a Era dos Estatutos (Estatuto da Criança e do Adolescente, dos Idosos, da Igualdade Racial, Lei Maria da Penha, dos Indígenas, dos Portadores de Necessidades Especiais etc.).

Eram os novos direitos, se não novos em sua origem, ao menos na forma como passaram a ser vistos. Eram direitos que, só à custa de muito labor hermenêutico, se evidenciavam, mas que agora passariam a ter a força da auto evidência. Na época, ainda não se imaginava os obstáculos que a hermenêutica passaria a deflagrar para, justamente, negar esses direitos tanto quanto possível. Ingenuamente, imaginava-se que bastaria às jovens democracias[617] terem os direitos escritos.

Começava então a luta pela efetividade das Constituições. Não bastava que os direitos estivessem escritos e sacramentados. Não se imaginava, na época, que o próprio Supremo Tribunal Federal iria, literalmente, invalidar muitos direitos da

[617] Jovem, aqui, tem o sentido de restauradas, retomadas, uma vez que o golpe militar de 1964 interrompeu um ciclo constitucional.

Constituição num processo de ativismo judicial que ainda cresce sem rubores nem pudores em nome de um "superpoder" do judiciário. Esse fenômeno continua em ebulição até agora, pois as crises constitucionais foram se assomando e avolumando, sendo o superego do judiciário aflorando na consciência nacional.

Em um terceiro momento, surge um pluralismo jurídico que atravessa desde os apelos pelos rompimentos com a estatalidade nas décadas de 1970 e 1980, passa pela fase dos neófitos direitos nos anos 1990 e 2000, até o enfrentamento atual para a aceitação desses direitos. Nesse contexto, torna-se mais evidente a existência de ordens jurídicas paralelas, tanto no plano interno quanto no âmbito do Direito Internacional.

Basta observar as decisões de Cortes Constitucionais em desacordo com os entendimentos do Sistema Regional de Direitos Humanos ou mesmo de decisões de órgãos judiciários internacionais do sistema Global de Direitos Humanos, em um período de grande complexidade.

Esta sistematização, certamente experimental, busca apenas distinguir as eras para destacar os aspectos mais importantes, a fim de identificar melhor os momentos, tipos e natureza dos direitos, bem como como estes são abordados pelas metodologias e linhas hermenêuticas próprias.

Além dessa contextualização, seria necessário adequar tanto quanto possível esses direitos de acordo com as linhas dos "constitucionalismos", como o constitucionalismo popular, democrático, abusivo, feminista, indigenista, ambientalista, progressivo, entre outros. Isso demandaria uma discussão pontual, específica e metodologicamente diferenciada.

Antônio Carlos Wolkmer, em um estudo recente, delineia um panorama sobre o pluralismo, destacando as discordâncias semânticas entre diversos autores. Ele aponta para a necessidade de uma retomada do sentido do pluralismo à luz dos novos desdobramentos trazidos com o advento do século XXI, indicando a necessidade de um revigoramento das teorias críticas.

Wolkmer reconhece que, embora essas teorias possam ser interpretadas como mimetismos em vários aspectos, não desqualifica sua importância e relevância histórica. Ele destaca que essas teorias são instrumentais para alcançar a finalidade crítica e emancipadora pretendida pela essência das teorias pluralistas em suas diversas manifestações.

Nesse sentido, Wolkmer[618] discorre sobre a extensa terminologia em torno da ideia de pluralismo, como o pluralismo teórico e de fato, débil e forte, clássico e novo pluralismo jurídico, pluralismo formal unitário e/ou igualitário, pluralismo jurídico global ou pós-moderno, pluralismo jurídico do sistema autopoiético, pluralismo jurídico aparente ou ocultado, e pluralismo jurídico comunitário-participativo. Destaca-se que esta é a construção teórica[619] do autor, observando um certo declínio da teoria social marxista como fonte inspiradora do pensamento crítico revolucionário e emancipador, e para as teorias críticas no direito e do próprio pluralismo, com o consequente enfraquecimento deste.

Por outro lado, Wolkmer[620] também destaca os impactos das correntes libertárias, como as filosofias da libertação, especialmente as abordadas por Enrique Dussel,[621] o constitucionalismo andino, o feminismo, os movimentos raciais e migratórios, o ecologismo crítico, entre outros aspectos não considerados pelas elites culturais do norte global. Ele também ressalta o interculturalismo, os estudos sobre pós-colonialismo e as epistemologias do Sul, presentes nos trabalhos de autores da América Latina, África e Ásia, destacando figuras como Boaventura de S. Santos, Ramón Grosfoguel, Achille Mbembe, Ngugi wa Thiong'o, Syed F. Alatas, Yash Ghai e Upendra Baxi.

O autor destaca pontos em comum das "teorias críticas" quanto a aspectos metodológicos (dialético, semiológico, psicanalítico, analítico, sistêmico), formas de resistência e busca de alternativas, e rupturas para mudanças intrassistêmicas e extra sistêmicas. Isso visa processos de emancipação em face das disfunções político-ideológicas do normativismo estatal proporcionadas pelas falácias e abstrações técnico-formalistas dos discursos legais.

Wolkmer[622] identifica a partir de 1968 o surgimento das correntes críticas no direito como fruto de transformações de ordem social, política e econômica relacionadas com crises fiscais e governabilidade dos Estados centrais, impasses do capitalismo monopolístico e reinvindicações por políticas sociais, insurgência de

---

618 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 2711-2735.

619 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2715.

620 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2715.

621 DUSSEL Enrique. **Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação**. São Paulo: Paulinas, 1996; DUSSEL, Enrique. **Ética da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000; DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação** – na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

622 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2718.

países neo-descolonizados.

Neste contexto, surgem diversas matrizes teóricas de ordem cultural, destacando-se o pensamento filosófico de Jean-Paul Sartre, Albert Camus e Simone de Beauvoir. Nas artes cênicas, figuras como Genet, Beckett, Ionesco, Arrabal e Brecht desempenham papéis significativos. No cinema, o neorrealismo italiano com os filmes de Rossellini, De Sica, Fellini e Visconti, assim como as obras de Resnais, Chabrol, Godard e Truffaut, também marcam presença.

Wolkmer[623] enfatiza também a repercussão de um conjunto científico-ideológico[624] nos estudos de Thomas S. Kuhn e Popper, Bachelard, Canguilhem, Piaget, Morin, com impacto na filosofia da ciência. Destaca-se ainda a influência nos estudos de linguística, psicologia e psiquiatria (Lacan, Reich, Fromm, Rogers), a teoria das ideologias e a crítica iluminista da Escola de Frankfurt, as interpretações estruturalistas do marxismo realizadas por Althusser e outros, e o desconstrutivismo pós-moderno de Foucault, Derrida, Deleuze e Maffesoli.

Ressalta ainda Wolkmer[625] que o surgimento dos estudos da "crítica jurídica" em solo europeu,[626] na França, com a Association Critique du Droit de inspiração marxista, incluindo nomes como Miaille, Jeammaud, Gleizal, Dujardin, e outros, propunha uma nova teoria geral do direito. Esses autores exerceram uma influência significativa sobre juristas brasileiros como Warat e outros mencionados anteriormente. Em suma, é apresentada uma ambientação do quadro social considerado de diversos pontos de vista, oferecendo impressões em torno dos problemas apresentados em um contexto de grande riqueza nas mais variadas áreas do saber.

Wolkmer[627] observa que na Itália, a corrente do uso alternativo do direito foi protagonizada por magistrados, advogados e juízes como Barcellona, Cotturri, Ferrajoli. Na Espanha, destacam-se nomes como N. López Calera, Modesto Saavedra e A. Perfecto Ibañez. Esses movimentos influenciaram autores na América Latina, como Calera, López e Ibañes, e nos Estados Unidos, no movimento do direito crítico, com reflexos também na Inglaterra.

---

623 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2719.
624 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2719.
625 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2719.
626 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2719.
627 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2719.

Wolkmer[628] observa também que o desenvolvimento do movimento do realismo jurídico ou direito crítico nos Estados Unidos teve à frente autores como Duncan Kennedy, Roberto M. Unger, M. Tushnet, R. Abel, D. Trubek. Na América Latina, a corrente crítica só avançou ao longo da década de 1980, coincidindo com o início do término dos regimes ditatoriais.[629]

Como causas adjacentes que contribuíram para o surgimento das "teorias críticas", Wolkmer aponta a influência do Concílio Vaticano II, a teologia e a filosofia da libertação, sob a influência de filósofos e teólogos como Gustavo Gutiérrez, Leonardo Boff, Enrique Dussel, Arturo Roig, Horácio Cerutti, entre outros. Destaca também a teoria da dependência, a pedagogia do oprimido de Paulo Freire e os estudos sociais e antropológicos sobre multiculturalismo e pluralismo de perfil marxista de Boaventura de S. Santos.

Em suma, muitos estudos, principalmente de matriz marxista, analisavam temáticas como desigualdade, pobreza, conflitos sociais, violência estrutural e dependência cultural. Essas análises acabaram migrando para outros sistemas através de "transplantes etnocêntricos", refletindo-se na crítica jurídica latino-americana, notadamente nos estudos sobre criminologia crítica e no humanismo dialético do Direito achado na rua, representado por Roberto Lyra Filho, nas jornadas da Associação Latino-Americana do Estudo do Direito, com seu expoente Luis A. Warat.

Resultou de toda essa evolução e involução das "teorias críticas" o pluralismo jurídico de tipo descolonial e transformador, compreendendo vivências subjacentes particulares, como justiça comunitária, indígena, de quilombolas, consuetudinárias, "campesinas" e itinerantes. Isso se manifesta na pluralidade normativa da justiça indígena na América Latina (México, Guatemala, Equador, Peru e Bolívia) e nas comunidades ancestrais da África e do Brasil, como demonstrado nos estudos de Boaventura de S. Santos no Rio de Janeiro (Pasárgada).

É importante observar também a experiência teórico-acadêmica do pluralismo jurídico "comunitário-participativo" de Antônio Carlos Wolkmer, com repercussão em toda uma geração de pesquisadores latino-americanos, representado pelo movimento "Direito Achado na Rua".

Com o foco nas transformações constitucionais do continente, Antônio

---

628 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2719.
629 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2719.

Carlos Wolkmer[630] detecta uma rica oportunidade para retomar a jornada traçada pelo constitucionalismo latino-americano. Ele aponta para um "instrumental crítico teórico-prático" como um forte manancial impulsionador de reconstituição da teoria crítica no direito a partir da pluralidade normativa descolonial. Esse fenômeno está presente em Constituições como as do Equador[631] (2008) e da Bolívia[632] (2009), que demonstram o "reconhecimento e a institucionalidade do pluralismo na política e no direito".

O autor[633] destaca que pela primeira vez foi assentada a expressão "constitucionalismo andino", referindo-se ao resultado de novos processos sociais de lutas e ao reconhecimento de normatividades descolonizadoras para o contexto de sociedades pluriculturais do Sul global.

Esse giro reconstrutivo de toda a teoria pluralista se revigora e abre pautas temáticas globais, que com muita probabilidade marcarão a história do constitucionalismo latino-americano e mundial para sempre, ao trazer um reavivamento prático-teórico que permite retomar todo o caminho traçado e ainda mais.

O que se pretende destacar com este minucioso inventário das diversas tendências elaborado por Wolkmer[634] é que a concepção wolkmeriana deve ser objeto de profundas considerações pela doutrina, pois resgata décadas de história da construção do próprio pluralismo inculturado latino-americano, com projeções para demais nações, sejam estas dependentes dos grandes centros globais ou não. Isso contrabalanceia certo declínio de determinados referenciais associados à crítica, a partir de temáticas centrais na discussão de "gênero e de raça", "complexidade e interculturalidade".

Além disso, não pode passar despercebido o fato de que, em algumas ordens jurídicas nacionais, o pluralismo foi revestido das vestes do constitucionalismo, figurando nos mais variados textos constitucionais no continente. Isso ocorreu porque as sementes plantadas deram frutos, indicando que é possível construir ainda mais.

---

630 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2723.
631 EQUADOR. **Constituición de la Republica del Ecuador**. 2008. Disponível em: https://bit.ly/42dLARr. Acesso em: 15 jun. 2023.
632 BOLIVIA. **Constitución Política del Estado**. 2009. Disponível em: https://bit.ly/3Obedcw. Acesso em: 15 jun. 2023.
633 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2719.
634 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2719.

Como destaque e comprovação histórica dessa assertiva, basta relembrar que a Constituição chilena quase foi alterada recentemente. Apesar do projeto constituinte não ter tido êxito, seu conteúdo e até mesmo a forma da expressão constitucional da formação dos representantes populares constituintes ocorreram em uma densa atmosfera pluralista. Vale ressaltar que a Assembleia foi instituída obrigatoriamente sob uma perspectiva de gênero, o que, por si só, já seria suficiente para reconhecer os avanços.

Os motivos da não aprovação da nova Constituição deve ser objeto de um estudo específico, pontual e contextualizado, o que fugiria do recorte metodológico e temático da presente tese. Contudo, caso o texto fosse aprovado, ele traria não apenas mais uma Constituição latino-americana, mas um documento que reuniria todos os avanços constitucionais decoloniais, emancipatórios e democráticos das demais Constituições pluralistas. Seria uma super Constituição, cuja aprovação formal[635] não se deu pelos motivos das mais diversas ordens.[636]

A mensagem que fica é que o pluralismo, imaginado por poucos entusiastas, estudiosos e apaixonados pela causa da emancipação continental, ao longo de aproximadamente 50 anos, começou a migrar para as ordens constitucionais em um processo histórico notável. Mais ainda, é previsto evoluir, impulsionado por questões emergenciais das mais relevantes. Dessa forma, parte considerável de teor pluralista foi revestidos de institucionalidade, sendo explicitamente acolhidos nos textos constitucionais como uma realidade presente e uma promessa futura.

As crises de ordem política, econômica e até jurídica que alguns desses países enfrentam são resultado de processos complexos que envolvem diversos fatores. Isso inclui o desacordo com o delineamento geopolítico imposto a várias nações como expressão patriarcal e neoliberal, em detrimento da emancipação

---

635 No entanto, os entendimentos político-partidários continuam no sentido de trazer o tema novamente à luz. Muitos fatores influíram no resultado da Constituinte, desde questões internas como a tragédia da pandemia, conjunturas nacionais e internacionais, razões de geopolítica e ainda a ascensão ao poder da extrema direita nos mais variados países.

636 As últimas campanhas eleitorais, que resultaram na vitória de determinadas tendências ideológicas, foram marcadas por uma intensa campanha de desinformação, sendo potencializadas pelo poder sem precedentes das diversas mídias e redes sociais. As *fakes news* desempenharam um papel significativo na formação de governos, regimes políticos, pautas governamentais e programas ideológicos. Durante esses processos eleitorais, que consolidaram os postulados do liberalismo, passaram por doutrinas neoliberais e culminaram em situações políticas consideradas bizarras, algumas lideranças desqualificadas ascenderam ao poder, resultando em práticas políticas que, em muitos casos, destruíram o que já existia, adotando uma abordagem de "terra arrasada". Nesse contexto, a opinião pública foi distorcida por campanhas que atacaram os avanços sociais no Chile, utilizando armas ideológicas e associando tais avanços à oposição à Constituinte, o que se refletiu no rechaço do projeto.

decolonial desses povos, um tema sensível percebido nos embates em torno das economias emergentes concatenadas em torno dos “BRICS” em perspectiva de ampliação.

Contudo, a expressão democrática dos atuais textos constitucionais e a expectativa de futuros documentos são um sinal reconfortante e uma resposta positiva aos esforços históricos de uma geração de juristas pioneiros.

Basicamente, a construção teórica de Wolkmer abre perspectivas no plano epistêmico e metodológico para o rompimento com o monismo, e abre caminho para novas manifestações das teorias críticas atualizadas, reformadas, rejuvenescidas e readaptadas. Wolkmer[637] propõe que esse novo pluralismo jurídico voltado à crítica descolonial[638] é substancialmente diverso do produzido na “tradição liberal etnocêntrica, pois tem dupla finalidade, de um lado serve como instrumento de crítica e de outro como fonte epistemológica de sustentação e legitimação da crítica descolonial.

Wolkmer chama a atenção para a necessidade de uma releitura do pluralismo jurídico como um "horizonte de pluralidades normativas e novas práticas instituintes". Ele destaca o pluralismo como um "referencial epistêmico e metodológico" fundamentado em uma lógica de legitimidade operante e normatividades insurgentes com viés "comunitário participativo e autônomo".

Dessa forma, abre-se o caminho para a expansão do pluralismo com bases epistemológicas ancoradas na realidade latino-americana. Essa metodologia específica opera com uma juridicidade emancipatória, inclusiva, autônoma, comunitária e democrática, reconhecendo as especificidades das populações pobres, desassistidas, da natureza violada, das comunidades indígenas ameaçadas, dos ribeirinhos, pescadores e ativistas socioambientais.

Essa construção teórica se opõe à visão eurocêntrica de sociedades e organização social. Implica em um processo de construção constante ou projeto em evolução, com o objetivo de dar expressividade ao sujeito constitucional latino-americano, privilegiando estudos e práticas libertárias. Essa abordagem se afasta totalmente das matrizes eurocêntricas de poder, revelando o potencial democrático

---

637 WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 2724.

638 Há uma discussão entre os pluralistas se o termo mais apropriado seria “decolonial/decolonialidade” ou “descolonial/descolonialidade”. Os termos descolonial e descolonialidade parecem ter mais consistência na medida em que semanticamente evocam um ato de desconstituir, desfazer, desalinhar e indica uma posição contrária à colonialidade.

latino-americano por meio de uma perspectiva inculturada e emancipatória.

Conforme delineado nas pesquisas sobre pluralismo por Maliska,[639] ao abordar um caso que discutia os "direitos do rio", o reconhecimento dos "direitos da natureza" (*Pacha Mama* ou *Pachamama*) e a aceitação da "ética do *buen vivir*" como "parâmetro de constitucionalidade" pela Constituição do Equador representam uma ruptura com o "paradigma antropocêntrico", que encara a natureza como um mero instrumento a ser utilizado em benefício exclusivo do homem.

Essa concepção,[640] "proveniente da cosmovisão dos povos andinos, surge como uma nova abordagem do direito constitucional-ambiental. Nesse contexto, a natureza é apresentada como sujeito e dotada de personalidade, inclusive em relação ao próprio ser humano, que deve respeitá-la como um "titular de direitos". Esses direitos podem ser opostos por qualquer interessado na preservação do meio ambiente, dentro de um contexto de uma "nova ética ambiental".

Neste contexto, Rosenfeld[641] expressou-se fazendo referência ao termo "Identidade do Sujeito Constitucional". Se for traçado um paralelo, podemos adaptar essa terminologia à realidade latino-americana, figurando de forma inculturada a Identidade do Sujeito Constitucional latino-americano ou andino. Esse sujeito constitucional tem como horizonte de sentido um pluralismo na construção de ordens política, econômica, jurídica e social, das mais sofisticadas, podendo servir de inspiração para outras realidades de países e povos empobrecidos.

O paradigma pluralista e ecocêntrico supera o paradigma antropocêntrico eurocêntrico e norte-americano, baseado nas máximas de viver melhor e ter mais bens materiais e mais dinheiro a qualquer custo, muitas vezes justificando ecocídios sistêmicos ao redor do planeta em nome de um suposto progresso global da humanidade, um dos pilares da globalização.

A amplitude temática revela a inadequação de restringir a instância jurídica e a compreensão exclusivamente jurídica como metodologia. Por essa razão, outras disciplinas ampliam a abordagem do estudo da temática pluralista, como a psicanálise, a antropologia e a sociologia. Um exemplo é a aplicação de estudos

---

639 MALISKA, Marcos Augusto; PARCELLI, Dionizio Moreira. O caso Vilcabamba e *El Buen Vivir* na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico. **Sequência**, Florianópolis, n. 77, p. 150, nov. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3Of466m. Acesso em: 25 fev. 2021.

640 MALISKA, Marcos Augusto; PARCELLI, Dionizio Moreira. **O caso Vilcabamba e *El Buen Vivir* na Constituição do Equador de 2008**...

641 ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

sociológicos ao Direito.

Bortolozzi Júnior[642] destaca que diversos juristas dos séculos XIX e XX idealizaram a doutrina do pluralismo jurídico, citando nomes como "Gierke, Duguit, Hauriou, Santi Romano, Del Vecchio". Antônio Carlos Wolkmer ressalta as vastas contribuições também trazidas pelos "sociólogos do Direito", como Eugen Ehrlich[643] e Georges Gurvitch,[644] que foram além dos próprios juristas nas concepções pluralistas desses pensadores. Isso se manifesta na construção teórica de um autêntico e original pluralismo em um período marcado por contribuições doutrinárias significativas, iniciando com Eugen Ehrlich, seguido por Santi Romano, e alcançando maior consistência com Gurvitch.[645]

Poucos termos ou conceitos do direito geram tantos equívocos quanto a expressão "pluralismo". Portanto, torna-se necessário considerar ferramentas linguísticas de apoio e técnicas hermenêuticas que possam fornecer estratégias discursivas para definir, tanto quanto possível, o que se pretende comunicar ao abordar a temática do pluralismo. Isso é crucial, pois o termo "pluralismo" pode ser interpretado de maneiras distintas.

Por exemplo, o pluralismo pode referir-se a um sistema social em que predominam códigos sociais de justiciabilidade (não juridicidade) praticados em comunidades dominadas pelo crime organizado, como algumas comunidades no Rio de Janeiro, conforme amplamente demonstrado por estudos multifacetados das Ciências Sociais.

O pluralismo também se refere à legítimos movimentos sociais mantidos à margem da lei, até porque há leis legítimas e leis e ilegítimas, leis que expressam todos os sentimentos e os valores de uma dada ordem jurídica, a partir de seus princípios constitucionais, e há leis que significam exatamente o contrário de tudo

---

642 BORTOLOZZI JÚNIOR, Flávio. Pluralismo jurídico e o paradigma do direito moderno: breves apontamentos. **Cadernos da Escola de Direito**. Curitiba, v. 1, n. 12, p. 22, 28 abr. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3OeKlMe. Acesso em: 25 fev. 2021.

643 EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora da UnB, 1986.

644 GURVITCH, Georges. **La Idea Del Derecho Social**: Noción y Sistema Del Derecho Social. Granada: Comares S.L., 2005.

645 Antônio Carlos Wolkmer demonstra a grande complexidade que a temática pluralista enseja, sua interdisciplinaridade, sua extensão e grande projeção, ao observar o ciclo inicial da história do pluralismo seguido de escritos aprofundados nas obras de vários autores dos mais distintos matizes que vem apresentando diversas e relevantes colaborações num rol de pensadores “ecléticos, funcionalistas, neomarxistas, pragmáticos e outras matrizes teóricas” e destaca Henry Lévy-Bruhl, Jean Carbonnier, Jacques Vanderlinden, Jean-Guy Belley, Boaventura de Souza Santos, Masaji Chiba, além de antropólogos como Leopold Pospisil, Sally Falk Moore e John Griffiths. (WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 197-198).

isso.

Observe-se que não é impossível, de forma estrita, que uma decisão judicial seja totalmente fundamentada em princípios constitucionais sem mencionar um único artigo de lei infraconstitucional. O mesmo pode ocorrer em relação às decisões dos Tribunais internacionais e aos Tratados vigentes, sem que se possa negar que a decisão esteja fundamentada.

Os avanços na temática pluralista têm sido notáveis, especialmente na criminologia crítica, como enfatizado por Allana Campos Marques Schrappe[646]. Ela postula que, em contextos de sociedades marginalizadas e extremamente pobres, os conflitos de deveres não deveriam conduzir o indivíduo a comportamentos totalmente inexigíveis nessas circunstâncias. Dessa maneira, propõe-se transformar essas situações específicas em hipóteses de erros de proibição, considerando-as como causas supralegais de exculpação.

Aqui se apresenta uma concepção pluralista que integra uma visão de direitos humanos dentro do campo da criminologia. Essa abordagem visa evitar muitas situações de injustiça, uma vez que, em diversos casos, exigir uma conduta diferente por parte do agente implicaria em seu autossacrifício, o de sua família, ou mesmo o de todo o seu círculo afetivo mais próximo.

Essa dinâmica revela a intensidade da barbárie em certos contextos de subculturas criminais, diante da quase total ausência do Estado, ou até mesmo sua ausência total, como entidade reguladora e garantidora de direitos.

Antônio Carlos Wolkmer[647] destaca que várias concepções de pluralismo jurídico ampliam a amplitude conceitual dessa temática. Uma delas é a Pluralidade Infra Jurídica Policêntrica, na qual as teses dos sociólogos do direito, conforme Belley, apontam para a interdependência das manifestações, sejam elas estatais ou não estatais.

Outra abordagem relevante é o Pluralismo Jurídico Multiétnico e Multicultural, intrínseco a sociedades marcadas por um crescente fluxo migratório, buscando conceder autonomia a grupos discriminados e marginalizados. Além disso, destaca-se o Pluralismo Jurídico como Fenômeno da Globalização, referindo-se à

---

646 SCHRAPPE, Allana Campos Marques. As subculturas criminais: elementos para pensar o papel do juiz em face da culpabilidade penal. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 1, 16 mar. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3OfEeYb. Acesso em: 26 dez. 2023.

647 WOLKMER, Antônio Carlos; GARCÍA, Germán Silva (ed.). **Tratado Latinoamericano de Sociología Jurídica**… p. 484-485.

produção normativa resultante dos novos procedimentos globalizados de regulação social.

Há também o Pluralismo Jurídico Estatal, um modelo de pluralidade configurado como uma espécie de "centralismo jurídico", com formalização fraca e fragmentada, presente em diversos setores da estrutura interna do Estado. Por fim, o Pluralismo Jurídico das Práticas Comunitárias Participativas emerge nas sociedades contemporâneas de capitalismo periférico.[648]

A crescente complexidade social, impulsionada pelos avanços dos modernos meios tecnológicos, expande-se para todas as áreas da vida humana. No entanto, o Estado, centrado em um único código estatal, não consegue acompanhar plenamente essa dinâmica, tornando-se apenas um referencial entre uma infinidade de códigos não estatais existentes.

Essa singular pluralidade foi destacada por Eugen Ehrlich,[649] que argumentou que a experiência histórica, indicando que um direito localmente disperso só poderia atender às necessidades estritamente locais, ganha significativa relevância em grandes extensões territoriais, emanando de um centro único, o Estado. Contudo, isso não conduz automaticamente à conclusão de uma legislação generalizada.

Eugene Ehrlich,[650] como um descendente da Escola historicista de Savigny, demonstra sensibilidade para com a história. Ele observa que tanto no Direito Romano quanto no Inglês, a evolução não se deu predominantemente por meio das leis. Na experiência romana, o desenvolvimento do direito ocorria por meio da elaboração teórica dos juristas dispersos pelo Império e República.

Já na Inglaterra, ao longo de séculos, a busca era por um direito adequado e politicamente evoluído, resultando na criação da *Common Law*[651] por meio das

---

[648] *a) Pluralidad policéntrica infra jurídica en la cual se destacan tesis de sociólogos del derecho que, de acuerdo con Belley, se refieren a la interdependencia de las manifestaciones estatales y no estatales; b) Pluralismo jurídico multiétnico y multicultural, inherente a sociedades marcadas por un creciente flujo migratorio y cuyo objetivo es darle autonomía a los grupos discriminados y marginados; c) Pluralismo jurídico como fenómeno de la globalización, que se refiere a la producción normativa resultante de nuevos procedimientos globalizados de regulación social; d) Pluralismo jurídico de Estado, es el modelo de pluralidad configurado como una especie de "centralismo legal", con una formalización débil y fragmentada y que está presente en diversos sectores de la estructura interna del Estado; e) Pluralismo jurídico de las prácticas participativas comunitarias, que surge en sociedades contemporáneas de capitalismo periférico*.

[649] EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**... p. 145.

[650] EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**... p. 145.

[651] Esse sistema legal se fundamenta muito mais em decisões anteriores e seu posterior desenvolvimento do que em leis, como se faz no sistema diverso, o Civil Law.

decisões dos tribunais londrinos. A terceira forma de criação do direito, prevalecente devido à legislação, é exemplificada pelo sistema jurídico francês.

Marcos Augusto Maliska,[652] ao examinar os aspectos da validação do direito no debate entre Hans Kelsen e Eugen Ehrlich, sugere que Ehrlich não pode ser rigidamente classificado como um pluralista, estabelecendo uma oposição entre pluralismo e monismo.

Isso porque o pensamento de Ehrlich é mais sofisticado, escapando de uma categorização simplista, alinhando-se ao sentido semântico de pluralismo usual na teoria crítica do direito. Esse matiz particular encontra fundamento e metodologia delineados no pensamento de Wolkmer.

Antônio Carlos Wolkmer[653] baseia seu conceito de pluralismo em alguns pressupostos e conceitos específicos. Ele parte da ideia de um "referencial cultural compartilhado, tomado em seu sentido material e formal, vinculado à legitimidade de novos sujeitos populares"[654] ou “coletivos”,[655] enquanto categoria, se articula no plano de um sistema justo de satisfação das necessidades, contextualizado dentro do processo de democratização e descentralização do espaço público participativo.

Adiciona-se a esse contexto o desenvolvimento pedagógico para uma ética concreta da alteridade, implicando na consolidação de processos em uma racionalidade de natureza emancipatória. Esses elementos constituem a maneira de conceber o pluralismo, centrado nesta específica "ética concreta de alteridade", conforme assinalado por Antônio Carlos Wolkmer.[656]

Muitas vezes , é necessário analisar o pensamento de uma escola de pensamento não apenas através da perspectiva de seus fundadores, mas também sob o escrutínio de outros estudiosos. Em muitos casos, estes últimos conseguem captar certos enfoques de maneira mais didática, explícita ou até mesmo revelar aspectos não percebidos nas entrelinhas das leituras originais. Isso é evidente nas análises marxianas em relação ao marxismo.

---

[652] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 214.

[653] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 314.

[654] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... 3. ed... p. 235.

[655] A temática dos Sujeitos Coletivos será retomada na última sessão no sentido de ser contrastada com a construção contemporânea dos litígios estruturantes onde será considerado a origem, as dimensões e as repercussões principalmente do trabalho desenvolvido pelo sociólogo Boaventura de Souza Santos. (SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos.** São Paulo: Cortez, 2014).

[656] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... 3. ed... p. 268.

Pontes de Miranda[657] faz uma leitura muito reveladora do pensamento de Eugen Ehrlich e de sua própria obra, que serve como uma chave de leitura para compreender a sua influência no universo jurídico brasileiro.[658] Também auxilia na análise do debate Ehrlich com Hans Kelsen. Afirma Pontes de Miranda que Ritter Hugo desenvolveu um sentido relativo da lei como fonte de direito, “sendo um dos veios, mas não todo o veio do conjunto jurídico, pois a lei tem lacunas”. Posteriormente, tanto Georg Friedrich *Puchta* quanto Friedrich Carl Von Savigny se apropriam desse conceito de Hugo.[659]

Segundo Pontes de Miranda, assim como Oskar Robert Arthur Bülow em 1885, faz alusão às falhas da lei, considerando a sua função criadora, a qual, na visão deles, deveria competir ao juiz. Souza Filho[660] afirma que Pontes de Miranda teria afirmado que Hans Kelsen admitiu que a própria Constituição não é total, indicando que "não é possível preencher toda a ordem jurídica do Estado, e muitas vezes se limita a pontos capitais de organização".

Pontes de Miranda[661] destaca a impossibilidade de substituir o termo "direito" pelo termo "lei", ao afirmar que "Se entendermos que a palavra 'lei' substitui a que lá deverá estar, 'direito', já muda de figura". Isso ocorre porque, segundo ele, "direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento de realização dele".

Pontes de Miranda explica que, ao analisar o teor do juramento do magistrado de respeitar e assegurar a lei, não se trata, de forma alguma, de fazer

---

[657] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. t. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 239.

[658] A obra de Pontes de Miranda é verdadeiramente monumental, com aproximadamente duas dezenas de volumes dedicados à área processual civil, cerca de 60 volumes no seu Tratado de Direito Privado, além dos Comentários à Constituição e diversas outras obras que exploram a Ciência do Direito. Sua contribuição na área jurídica é marcada por uma sólida base sociológica, evidenciada em seus escritos. Uma expressão comumente atribuída a ele resume seu pensamento, indicando que "quem só direito sabe, nem direito sabe". Essa frase reflete a perspectiva de Pontes de Miranda sobre a necessidade de uma compreensão multidisciplinar e contextualizada do direito.

[659] O que esses autores têm em comum, Puchta, Savigny e Gustav Hugo é que os seus estudos em determinado momento acabaram girando em torno da criação da Escola Histórica do Direito, segundo as linhas iniciais desenvolvidas pelo jurista alemão Georg Friedrich Puchta, integrante da denominada Escola Histórica do Direito o qual também era o principal discípulo de Friedrich Carl von Savigny e consideravam a forte influência da História, na qualidade de tradição jurídica na leitura dos fatos jurídicos e sociais, esta linha de pensamento influiu na reconstrução de muitos estudos do antigo direito romano havendo forte presença principalmente no estudo do direito civil ao analisar institutos históricos fundamentais como a propriedade por exemplo.

[660] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O direito constitucional e as lacunas da lei. **Brasília**, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997. Disponível em: https://bit.ly/48MYNTT. Acesso em: 17 nov. 2023.

[661] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. VI. São Paulo: Forense, 1974, p. 290-294.

valer apenas "a letra legal" e impô-la literalmente aos fatos. Em casos de interpretação estreita, o papel do magistrado não poderia corresponder à sua verdadeira finalidade, que é "apaziguar e realizar o direito objetivo".

Miranda[662] acrescenta que essa visão minimalista levaria à "perfeição em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mas antissocial e, como a lei e a jurisdição servem a sociedade absurda". Ele ressalta que pouco ou nada importa a clareza da lei, pois poderia acontecer de a lei ser clara, mas obscurecer o direito a ser aplicado. Conclui que "a lei é roteiro, itinerário, guia" e mesmo que o magistrado decida "*contra legem scriptam*", não violaria o direito, se sua decisão corresponder ao que "se reputa" como direito.

Dessa forma, Pontes de Miranda[663] adota a compreensão de que é o direito que deverá se adequar à realidade social, e não o contrário. Ele argumenta que o Direito, como ciência social, possui uma natureza sociológica, e a primazia da realidade deve prevalecer frente a qualquer conceito jurídico.

Isso é evidente nas relações de trabalho, por exemplo, onde deve imperar o princípio da "primazia da realidade". Nesse contexto, não importa o que dizem as formalidades burocráticas sobre o trabalho do empregado, mas sim o que ele efetivamente faz. O mesmo princípio se aplica ao direito civil, em que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica desvia o olhar das convenções legais para se fixar na realidade dos fatos em curso.

Assim, as ficções da lei, suas prescrições fictícias, não devem se sobrepor à realidade dos fatos. Não são os fatos que surgem da lei, mas sim os conceitos que devem transbordar da realidade. Os exemplos aplicados ao direito do trabalho e ao direito civil são, por si só, eloquentes, evidenciando que a realidade não pode ser subjugada por conceitos, mas sim, são os conceitos que precisam se moldar à realidade.

No âmbito do direito como um todo, a compreensão de que os fatos precedem o conceito tem imensas implicações de ordem ideológica. Isso porque a leitura ideal das realidades humanas, ao se contrapor à leitura material, coloca em confronto as duas grandes visões de mundo que têm se enfrentado de forma

---

662 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**... p. 290-294.

663 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**... p. 290-294.

secular. Isso abre caminho para os embates entre posturas conservadoras e as proposições das teorias críticas de base marxista.

O Direito, quando utilizado como um fator estratégico para manter as coisas como estão, pode ser surpreendido quando não consegue mais sustentar a paz e a ordem em um contexto social. É inegável a pluralidade e complexidade em uma marcha progressista incontida, tendendo a destruir as bases estabelecidas para equilibrar as forças e conservar a paz e a ordem sociais, como no caso do positivismo. Nesse cenário, torna-se essencial o papel da lei como um fator potencialmente suficiente para restringir de forma autoritária as possibilidades de novas expectativas, sob a roupagem da formalidade.

Em um movimento dialético, à tese sucede a antítese. No caso da situação de conformismo embasada na lei e revestida de formalismo, surge o contrapeso: uma nova visão e um novo método do direito, ou ainda, a recuperação de uma conotação antiga do direito, considerado essencialmente como uma luta no plano da ética individual e coletiva.

Enquanto, para David Hume,[664] a lei é vista como um instrumento dos ricos para assegurar seu *status*, Rudolf Von Ihering[665] detecta a existência de um movimento de lutas em torno do reconhecimento de direitos, destacando sua importância essencial. No prólogo de uma das incontáveis reedições de sua obra clássica "*Der Kampf um's Recht"* (A luta pelo Direito)", ano em que se iniciava o regime republicano no Brasil, ele afirma que "quem vive rastejando como um verme não deve reclamar de ser esmagado". Essa contundente máxima poderia ser atribuída a Ihering, considerando a candência de sua escrita, contudo, a autoria a ele não pertence, mas a outro escritor alemão, por ele referido neste prólogo: Immanuel Kant.[666]

Von Ihering[667] aborda o cerne da questão ao justificar as razões últimas que o motivaram a escrever sua imortal obra jurídica, destacando "aquele pendor interior do qual ele mesmo deve extrair sua força suprema, ou seja, aquela sólida e corajosa

---

[664] David Hume concebe a propriedade como um instrumento de poder, numa sociedade estabelecida permeada pela intensa conflituosidade no âmbito político e religioso que afetou intensamente a Inglaterra em época. (HUME, David. **Whether the British Government inclines more to Absolute Monarchy or to a Republic**. Essays, Moral, Political, and Literary. Liberty: Indianapolis, 1889, p. 47).

[665] VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2019, p. 14;88.

[666] KANT, Immanuel. **Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre**. 2. ed. Kreuznach, 1800, p. 133.

[667] VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**... p. 14.

afirmação do sentimento do direito". Ele sustenta que ao defender um direito, o indivíduo não o faz meramente considerando seu bolso, mas defende a si mesmo.[668] Imaginar que se possa simplesmente deixar de lado essa atitude seria uma apatia moral.

Para melhor ilustrar sua ideia, Von Ihering[669] transcreve o argumento de Kant,[670] segundo o qual, quem permite que seu direito seja pisoteado está permitindo o pisoteio de si mesmo, de seus valores e de sua dignidade. Isso implica no "aviltamento do direito, permitindo que este seja calcado sob os pés de outros, admitindo a violação de um dever do ser humano em relação a si mesmo". Von Ihering ainda afirma que "não se deve deixar que um direito seja pisoteado impunemente pelos outros".

Esta máxima moral atribuída a Kant é reconhecidamente assumida por Von Ihering como o fio condutor de sua obra, expressando com exatidão sua intenção com a publicação da festejada obra. Ele identifica a finalidade de seus escritos com o respectivo parágrafo transcrito em sua integralidade:

> O fim que busquei na redação e publicação do escrito era, em sua natureza, não tanto um fim teórico quanto de moral prática e, portanto, que colimava promover não tanto o conhecimento científico do direito quanto aquele pendor interior do qual ele mesmo deve extrair sua força suprema, ou seja, aquela sólida e corajosa afirmação do sentimento do direito.

Ao fechar sua obra, na última linha, Von Ihering[671] escreve que "somente merece a liberdade e a vida aquele que cotidianamente tem que conquistá-las". Karl Marx e Friedrich Engels,[672] de forma recorrente, enfatizam o teor belicoso na constituição e execução do Direito. Ao analisar o tema, identificam a manifesta opressão do sistema burguês e organizam sua crítica a partir da categoria de "classes sociais" com interesses inconciliáveis e confrontantes.

Um de seus primeiros estudos identifica exatamente tal situação ao analisar leis que proibiam aos pobres de colherem galhos caídos de árvores para usar na

---

668 VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**... p. 14.
669 VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**... p. 14.
670 KANT, Immanuel. **Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre**... p. 185.
671 VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**... p. p. 14.
672 MARX, Karl. **Cartas**: Marx a P. V. Annenkov. *In*: MARX, K.; ENGELS, F. (Ed.). **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa Omega, 19--. v. 3; MARX, Karl.; ENGELS, F. Prefácios (Manifesto do Partido Comunista). *In*: **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Omega, 19--. v. 1; MARX, Karl; ENGELS, F. O Manifesto Comunista. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. (Coleção Leitura); MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Livro primeiro: O processo de produção do capital. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. v. 1.

queima, visando produzir aquecimento em suas casas. Karl Larenz[673] destaca também a dialética das leis. De outro lado, sem se alinhar às correntes anteriores, Leon Duguit, Emile Durkheim e Eugene Erlich procedem abordagens de ordem sociológica, realizando uma leitura em que os fatos geram a lei e contra esta se revoltam.

Sobre o pensamento de Emile Durkheim e Eugene Erlich, já foram feitas breves observações nas linhas anteriores. Quanto ao pensamento de Leon Duguit,[674] é didático ao afirmar que a ideia de que o direito só pode ser admitido como anterior ao Estado, limitando sua origem ao exato momento do surgimento do Estado, foi uma ideia comum na Alemanha "devido aos escritos de Hegel e Ihering, devendo ser energicamente repudiada".

Afirma Léon Duguit que mesmo que não se parta do pressuposto de que o fundamento do direito é anterior ao surgimento do Estado, deve-se reconhecer como pressuposto "a existência de um direito superior e anterior ao Estado", pois é imperiosa uma norma de direito que "imponha limites ao próprio Estado, e quanto aos cidadãos deve haver leis com força cogente". Duguit, ao indagar sobre se em uma sociedade hipotética sem política, nem leis, haveria direito e, se sim, qual seria o seu fundamento.

Esse pensador, à semelhança de seus antecessores, reconhece em parte de seus argumentos uma perspectiva sociológica do direito. Simultaneamente, afasta-se de uma abordagem positivista que atribui total ênfase à técnica e à legalidade. Embora não menospreze a importância da lei e seu papel central, considera-a como uma referência, não como a única, exclusiva e absoluta fonte de toda a juridicidade. Essa abordagem permite a compreensão de outras possíveis fontes do direito, alinhando-se às concepções pluralistas de maneira geral.

Com a Teoria de Lhumann[675] e outra parte desta tese tratada em mais detalhes, a qual argumenta que o Estado é o resultado de um acoplamento estrutural entre a política e o direito, não sendo um ente nascido pronto e acabado, demonstra-se que, dos diversos centros de poder do período medieval, emanava

---

[673] LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1978.

[674] DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. 3. ed. Tradução: Marcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 15.

[675] LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Ediciones Paidós, 1997. p. 44; LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002; LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

normatividade de tal forma que as normas criadas pela Igreja de teor eclesiástico eram consideradas direito, as normas imperantes no interior dos feudos impostas aos servos da gleba e outros também eram consideradas direito, assim como as normas oriundas dos Príncipes e Reis eram consideradas direito.

Assim, entre os escritos dos mais ilustres dogmáticos no final do século XIX, há informações indicando um certo consenso sobre a limitação da ideia de que as leis seriam suficientes para abranger toda a realidade em sua complexidade, pois o direito ultrapassa os quadros legais, conceitos jurídicos ou interpretações dos tribunais. As dinâmicas da realidade vão muito além desses elementos.

Neste sentido, ganha mais destaque a construção teórica de Eugene Ehrlich ao se referir à jurisprudência como sendo "o direito vivo e de fato", como ressalta Pontes de Miranda. O pressuposto da relatividade da lei permite concluir que a lei não deve ultrapassar o papel de ser uma referência para o direito, mas não "a referência" do direito e muito menos a "única referência".

Foi Eugen Ehrlich quem sistematizou essas concepções de natureza sociológica. Pontes de Miranda se refere a esta construção teórica de viés relativo da lei como sendo "o princípio de Ehrlich".

O próprio Pontes de Miranda[676] adota em suas obras essa compreensão de ordem sociológica e não se afasta dela. Por outro lado, todas essas indicações permitem que não se conclua apressadamente que Ehrlich seja um pluralista no sentido da teoria crítica, que tem inclinações marxistas inclusive, imprimindo a esta teoria.

Maliska[677] menciona a acusação de Kelsen a Ehrlich no sentido de que este último teria se equivocado em sua análise descritiva do direito ao não considerar que é possível produzir o direito por outras vias que não as legais. No entanto, para garantir e executar esse mesmo direito, o Estado é imprescindível, o que gera certas dificuldades conceituais e sistêmicas.[678]

Kelsen admite um argumento de Ehrlich como ponto de partida

---

[676] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. t. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 239.

[677] MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**: aportes para uma reflexão atual sobre pluralismo e constituição. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p.15.

[678] No Brasil, o próprio Amilton Bueno de Carvalho, um dos grandes adeptos da Teoria Crítica do Direito, no ano de 2001 em um evento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná ao ser indagado sobre o futuro do Direito Alternativo, que é uma corrente inspirada na Teoria Crítica do Direito, expressou sua incerteza sobre isso uma vez que se na análise marxista se abole o Estado, a garantia do Direito se tornaria algo muito confuso.

hermenêutico-argumentativo, mas apenas o expõe como uma fragilidade na construção sociológica. Segundo Kelsen, se o Estado não se importa com a origem da norma, isso não importaria, pois sem a execução e proteção pelo Estado, o direito seria inexistente. Em outras palavras, se não há meios de defender um direito, pouco importa a natureza desse direito.

Certamente, há mais detalhes nesse embate em torno dos métodos científicos e outras questões que não serão aprofundadas aqui. O motivo de aludir a esse fato é demonstrar os pontos precisos em torno dos quais girava a discussão entre os autores no ponto de contato entre os aspectos jurídicos e sociológicos.

Observe-se que Ehrlich é um sociólogo, e, portanto, o ponto de partida de sua observação sobre o fenômeno da emanação de normas e sua concretização não pode ser a partir da ideia de uma criação abstrata do legislador, mas sim de uma emanação do próprio fato social, inerente a qualquer sociedade.

Neste sentido, ele segue a conclusão comum à sociologia clássica, como bem estabelecido por Émile Durkheim, considerado o fundador da Sociologia, e por Karl Marx e Max Weber, que têm em comum a seara sociológica com papéis históricos importantes na construção da Sociologia clássica.

Na visão desses autores, as instituições são a produção da sociedade, e a própria humanidade se constitui em face da existência do coletivo e da sociedade, sem a qual a pessoa humana sequer conseguiria se reconhecer como pessoa ou como humana.[679]

O fato social determina as instituições, e dentre essas, o direito; dessa forma, não se pode dizer que é o direito que define a sociedade, mas vice-versa. À luz da Sociologia clássica, a abstração do legislador não pode se impor como realidade, mas sim como o fruto, a emanação do próprio fato social.

Deduz-se desta assertiva acima que não se pode ter uma visão absoluta da lei como sendo a chave hermenêutica universal que encerre em si os caminhos para

---

[679] A história das meninas lobo, como descrita pelos biólogos chilenos Maturana e Varela, oferece uma perspectiva fascinante sobre a influência da sociedade na formação humana. Essas meninas, mesmo cuidadas em todos os aspectos por famílias, nunca foram consideradas inteiramente humanas. Mantinham hábitos noturnos, apreciavam carne crua e se locomoviam como lobos. A falta do poder formativo da sociedade e do convívio social as impediu de se perceberem como parte da humanidade. Seu sentimento de pertencimento estava vinculado à comunidade de lobos com a qual foram criadas, e uma das meninas chegou a falecer de depressão e saudades da matilha. Essa experiência revela, de maneira paradoxal, que é a sociedade que molda o ser humano, e não o contrário. Essa narrativa contrasta com as representações mais românticas, como a história de Mogli, o menino lobo. (MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**. São Paulo: Palas Athena, 2003).

definir todo o direito.

Essa distinção no enfoque metodológico da compreensão de um mesmo fato é essencial, pois abre caminho para um avanço significativo das concepções pluralistas, sem reduzir a simples existência da ideia do pluralismo apenas como uma possível ordem paralela "bárbara" no sentido mais simples, ou mesmo uma ordem que tenha pretensões de legitimidade, mas que nunca as alcançará, a não ser que compreenda o risco de colocar e perverter a própria ordem estabelecida, por não considerar um elemento essencial na fórmula, que é precisamente o "dado real"[680] e do “fato social”.

Erlich entende que o direito formal tem a sua posição e o seu valor, contudo buscou um novo e mais abrangente conceito no sentido de que o novo conceito jurídico que integre lei e relações sociais, entendido como “códigos sociais[681]” inteirando assim o singular a partir do plural. Assim, seria uma impropriedade ao confrontar o “pluralismo” da obra de Wolkmer e o pluralismo de Ehrlich.

Maliska[682] explica o pensamento de Eugen Ehrlich, assentando que, para o sociólogo, o "direito e a sociedade" não podem ser considerados de forma separada, sendo "indissociáveis" a tal ponto que o estudo do direito sem as premissas da sociologia resulta em um estudo desvinculado da sociedade, levando a uma compreensão incompleta do fenômeno em si.

Para compreender o pluralismo jurídico pela ótica de Ehrlich, conforme a leitura de Maliska[683] sobre este autor, é necessário imaginar uma ordem estatal insurgente que coexiste com insurgências representativas de "direitos vivos". Esses direitos nascem diariamente na convivência social e, pela sua própria dinâmica, tornam-se insuscetíveis de serem totalmente abarcados por um único código estatal.

Essa concepção sociológica acaba movimentando e impulsionando a própria filosofia do direito, evitando um desserviço ao extremar e polarizar a figura de Max Weber como defensor do "monismo" e Ehrlich como um "pluralista" adversário extremado do normativismo weberiano.[684] Esta abordagem é mais compreensível e harmônica à noção de pluralismo, especialmente quando acrescida ao entendimento

---

[680] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**: notas para pensar a Racionalidade Jurídica na Modernidade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36.
[681] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 37.
[682] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 39.
[683] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 39.
[684] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 39.

da teoria da integração de Peter Häberle.[685]

Bianca Camile dos Santos Filla[686] assinala que a teoria da integração de Häberle considera a norma jurídica como uma ferramenta utilizada para proporcionar completude às regras estruturais do ordenamento jurídico. Dessa forma, não apenas pela lei se orientariam os juízes, mas também pelas lacunas da lei que devem ser "integradas" ao próprio direito por meio de analogia, costumes e princípios gerais do direito.

Para Häberle,[687] a integração necessitaria da participação das partes e dos demais interessados, uma ideia especialmente útil ao Direito Constitucional, destacada pela conhecida expressão häberliana: "Sociedade aberta de intérpretes da Constituição". Isso implica que não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais, têm um papel na interpretação e integração da Constituição.

Marcos Augusto Maliska,[688] ao desenvolver a sua Teoria Geral do Pluralismo Jurídico, realiza uma ampla e profunda busca dos fundamentos do pluralismo. Nesse contexto, identifica nas pesquisas do cientista político Harold Laski a construção de

---

685 A obra "Pluralismo Jurídico e Direito Moderno: Notas para pensar a Racionalidade Jurídica" de Marcos Augusto Maliska, na sua primeira edição de 2009 e na segunda edição ampliada de 2022, desempenha um papel importante ao explorar as ideias de Eugen Ehrlich e desenvolver um paradigma pluralista. Na primeira edição, há uma exposição das ideias de Ehrlich, proporcionando uma base para a evolução do pensamento. A segunda edição, por sua vez, aprofunda e amplia essas ideias, incorporando elementos de Max Weber e Peter Häberle. Maliska, na visão de pluralismo, não antagoniza com o monismo jurídico, mas sim acolhe a ideia de que o direito se manifesta em diferentes níveis de racionalidade jurídica. Ele destaca a tríplice contemplação das atividades estatais (legislativo, executivo e judiciário) de Max Weber, ampliando a visão de pluralismo para além da lei estatal, mas dentro dos limites constitucionais. O autor enfatiza a legitimidade do direito extra estatal na Constituição nacional, apresentando uma perspectiva de Estado Constitucional Cooperativo, que integra cidadania, democracia e pluralismo. Essas edições combinadas oferecem uma compreensão mais abrangente e atualizada sobre o pensamento de Maliska, demonstrando a evolução do paradigma pluralista e sua relação com as categorias fundamentais de Max Weber e Peter Häberle. (MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**: notas para pensar a Racionalidade Jurídica na Modernidade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 214). Dessa forma, o pensamento de Eugen Ehrlich é atualizado e projetado em um novo contexto globalizado, onde o constitucionalismo em suas diversas manifestações possibilita a projeção das ideias pluralistas em uma engenharia jurídico-constitucional mais densa. Não se conclui simplesmente que Max Weber é monista e Eugen Ehrlich é simplesmente pluralista; as distinções são mais sutis. Nessa sutileza, encontra-se a chave de leitura desse construto mais denso. Ou seja, a conjugação do pensamento de todos esses autores, e dessa forma, Maliska lança novas luzes em uma releitura da obra de Eugen Ehrlich.

686 FILLA, Bianca Camile dos Santos. **O princípio do pluralismo e o reconhecimento de novos arranjos familiares perante o ordenamento jurídico brasileiro**: as famílias simultâneas. 140 f. Dissertação em Direito. Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Curitiba, 2018. Disponível em: https://bit.ly/496KIjX. Acesso em: 25 fev. 2021.

687 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 10.

688 MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 79.

uma teoria política a partir dos conceitos de pluralismo expostos na resenha que elaborou sobre o livro de seu mestre Ernest Barker. Laski observa que, em essência, a sociedade é plural, enquanto o Estado constituído na base do monismo implica numa estrutura hierárquica de poder com um centro singular. Por outro lado, o pluralismo pressupõe a autorregulação da sociedade, tornando as associações tão soberanas quanto o Estado.

Maliska[689] explica que desses estudos originados na Inglaterra surgem as pesquisas antropológicas sobre o pluralismo jurídico nas comunidades primitivas. Isso foi facilitado pelo fato de o Império Britânico ser uma força política sempre em expansão, entrando em contato com uma grande diversidade de povos e vivenciando os mais diversos aspectos de ordem cultural, religiosa e política. Dentre esses estudos precursores, destaca-se o trabalho de Bronislaw Malinowski[690] (1884-1942), que realizou um estudo nas Ilhas Trobriand, no Pacífico Sul, integrantes do Império Britânico, versando sobre antropologia e envolvendo a temática do direito e do pluralismo jurídico.

Malinowski[691] assenta que a lei primitiva, conforme observado nos estudos sobre a constituição do fenômeno legal nas Trobriand, não é constituída de forma homogênea e unificada. Ela não tem princípios a partir dos quais se desenvolve um sistema dotado de coerência; em vez disso, existem diversos sistemas em variados graus de dependência, parcialmente acoplados entre si.

Como exemplo, há o sistema legal do matriarcado, do patriarcado, leis do casamento, leis de prerrogativas de chefes tribais que se interpenetram às vezes, combinam-se e às vezes se sobrepõem uns aos outros, ou às vezes existem de forma independente e própria.

Pode ocorrer que um sistema ultrapasse seus limites e abarque outras situações próprias de outros regramentos específicos, gerando tensão e, às vezes, conduzindo a conflitos. Ao analisar esses conflitos, percebe-se o tenso equilíbrio que revela a própria natureza da estrutura social dessas comunidades primitivas.

Malinowski viveu em meio ao conflito mundial ocorrido entre 1914 e 1918. Ele era polaco, mas súdito da Áustria. Seus estudos dependiam da boa vontade de

---

689 MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 79.

690 MALINOSWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Brasília: UNB, 2003, p. 9 e 53-55.

691 MALINOSWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Tradução: Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 101.

uma universidade na Inglaterra, e sua pesquisa se desenvolvia em um território colonialmente submetido à Inglaterra. Seus estudos também dependiam de constantes autorizações para pesquisar na região das ilhas Trobriand, onde coletou valioso material para estudos antropológicos que o projetaram no mundo como um pesquisador de renome.[692]

Para dar uma ideia da produção desse estudioso, como informa Tullio Tentori na introdução à edição italiana de "Diário de um antropólogo" de 1967, entre os anos de 1912 e 1989 ele publicou 100 trabalhos.

Esse detalhe biográfico é importante para situar a relevância deste autor no quadro geral dos estudos, neste caso, na antropologia, do pluralismo jurídico existente em sociedades primitivas como expressão de juridicidade. Ao estudar a relação dos costumes com a lei e alguns institutos do direito nas sociedades primitivas, Malinowski detectou semelhanças com a sociedade e as instituições modernas.

Durkheim e Freud também conduziram estudos sobre os costumes, as leis e a concepção do justo e do sagrado nas sociedades primitivas dos australianos e dos polinésios, como demonstrado no início deste capítulo. Maliska[693] informa que uma segunda geração de estudos no campo da antropologia do direito foi formada por Edward Adamson Hoebel (1906-1993) e Leopold Jaroslav Pospisil (1923-2012).

Adamson Hoebel estudou a estrutura jurídica de algumas tribos indígenas, Northem Cheyenne, Northern Shoshone, Comanche e Pueblo peoples consubstanciados na obra *Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* em coautoria com Karl N. Llewllyn (1893-1962). Esse importante estudo, que abrangeu o período de 1933 a 1949, constatou que se tratava de sociedades primitivas não dotadas de um governo organizado. Foram analisados 53 casos informado pelos Cheyennes, narrando situações como assassinatos, e

---

[692] *Il conflitto mondiale del ’14 -’18 rischia di bloccare la sua carriera di studioso per complicazioni politiche. Egli, infatti, pur essendo polacco e dipendendo da una università inglese, è suddito austriaco e si trova in territorio coloniale inglese. Riesce, comunque, a convincere le autorità locali a lasciargli compiere la sua missione scientifica in quelle sperdute isolette che sono le Trobriand. Così quell’evento, che rischiava di condurlo in un campo di concentramento, gli fornisce una delle occasioni più importanti di ricerca della sua carriera antropologica, in quanto può compiere in completa autonomia e senza fretta una brillante indagine, da cui ha tratto il materiale per varie opere che lo hanno reso famoso, quali Sesso e repressione tra i selvaggi, Argonauti del Pacifico occidentale. La vita sessuale dei selvaggi , e anche lo spunto per le sue trattazioni sessuologiche come di economia e, in seguito, di metodologia*. (MALINOSWSKI, Bronislaw. **Giornale de um antropólogo**. Tradução: Cristina Bonucci. Roma: Armando Editore, 1992, p. 14).

[693] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p.79-81.

violência doméstica.

O instrumento de pesquisa não poderia se basear em documentos históricos escritos. Nessas comunidades, as informações históricas são armazenadas nas lembranças de pessoas especiais da tribo, cuja função é justamente essa: são os contadores de histórias tribais. Eles registram a evolução histórica dos fatos, a origem e o desenvolvimento do Conselho dos Quarenta e Quatro. Este Conselho comunitário, formado por lideranças civis, era a instância suprema para a resolução dos casos e para a organização de políticas para a tribo, desempenhando a função de órgão julgador.

O estudo em questão abordou a narrativa dos casos discutidos no conselho e a forma como se estruturava o sistema jurídico Cheyenne. Esse sistema tratava de sociedades militares, homicídios, o sobrenatural, o casamento, o sexo, as propriedades e a herança, além das pressões informais e a integração do indivíduo na tribo.

Hoebel e Llewellin[694] assinalam como fato relevante dos estudos sobre a tribo Cheyenne a não existência de uma única regra legal de herança que se aplique a todas as circunstâncias entre os Cheyennes. Não havia um direcionamento prático em relação a todas as regras legais. O processo de aplicação das normas se dá das normas rigorosas para uma maior variabilidade (tradução nossa).[695]

Neste sentido, seguir as regras como a tradição determina pode gerar diversas formas de solucionar um problema, derivando disso a possibilidade da coexistência de diversas regras. Os costumes geram a juridicidade. "Estou generalizando velhos costumes a partir do que conheço".

"Algumas famílias fizeram diferente de outras", afirmou uma das mulheres da comunidade a respeito de normas sobre os bens dos falecidos.[696] Disso resulta um caráter plural do sistema legal dessa comunidade indígena primitiva.

Maliska ainda informa que, em 1954, com a publicação do livro "The Law of

---

694 HOEBEL, E. Adamson; LLEWELLIN, Karl N. **Cheyenne way**: conflict and case law in primitive jurisprudence. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1941. Civilization of the American Indian Series, p. 213.

695 *The important fact is to recognize that there was no single legal rule of inheritance controlling all situations among the Cheyennes, nor any single line of practice under any of the legal rules. As one proceeds from the first to the third aspects noted above, one moves from stringent norms to greater variability a movement from delineation in bold lines to lighter etchings*.

696 *I am generalizing old customs from what I know," Calf Woman cautioned. Some families did differently than others*.

Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics" de Hoebel,[697] avançou-se muito na área da antropologia jurídica. A obra analisava basicamente cinco sociedades: os esquimós, os Ifugao do norte de Luzon, nas Filipinas, as tribos Comanche, Kiowa e Cheyenne nas planícies da América, os nativos das ilhas Trobrian, do sudoeste do Pacífico, e os Ashanti da África Ocidental, revelando uma grande variedade de instituições de ordem política e jurídica, a utilização do devido processo e padrões gerais de conduta.

Diversos antropólogos se dedicaram ao estudo do sistema legal de natureza pluralista nas comunidades primitivas, abordando diferentes aspectos. Leopold Jaroslav Pospisil[698] é um exemplo, tendo estudado as tribos Hopis, no Arizona, os Kapauku de Papua Nova Guiné e a etnia dos Nunamiut, no Alasca. Pospisil desenvolveu estudos de direito antropológico comparado, dividindo sua obra sobre o tema em três partes. Na primeira parte, ele aborda o estudo do direito primitivo, os antecedentes culturais do direito, o conceito de lei, os métodos e técnicas, os conceitos e fundamentos do direito primitivo.

Na segunda parte, Pospisil analisa as leis primitivas, começando pela comunidade dos esquimós, cuja lei é caracterizada por uma anarquia primitiva. Ele aborda aspectos do direito privado, examina as comunidades indígenas dos comanches, kiowas e Cheyennes, explorando a lei das planícies indígenas. Pospisil também comenta os estudos das ilhas Trobriand e a pesquisa de Bronislaw Malinowski. Além disso, ele examina os Ashanti, uma etnia nativa da região de Gana, na África Central Ocidental, uma sociedade matrilinear em que as relações de poder são determinadas pela linhagem das mulheres em uma monarquia constitucional. Na terceira parte, Pospisil analisa a inter-relação entre direito e sociedade, incluindo aspectos como religião, magia e lei.

Em outra obra significativa,[699] a tese de doutoramento de Leopold Jaroslav Pospisil pela Universidade de Yale, ele busca demonstrar, com dados dos papuas Kapauku, aspectos de sua teoria baseada em um estudo entre as relações de 32 sociedades. A obra está estruturada em quatro tópicos: analisa o indivíduo Kapauku e sua concepção de universo; a sociedade Kapauku e seus subgrupos; o estudo de um conjunto de 176 decisões relativas a litígios específicos; e, na última parte, situa

---

[697] HOEBEL, Edward Amanson. **The Law of Primitive Man**: A Study in Comparative Legal Dynamics. Cambridge, Mass: Harvad Press, 1967.
[698] POSPISIL, Leopold. **Anthropology of law**: a comparative theory. New York: Harper & Row, 1971.
[699] POSPISIL, Leopold. **Kapauku Papuan and their law**. New Haven: Yale University Press, 1958.

sua teoria no contexto dessas decisões e da cultura em geral, enfatizando o fenômeno da liderança.

Pelo conjunto de seus trabalhos jurídicos e antropológicos, Leopold Pospisil elaborou uma teoria que implicava no reconhecimento de uma multiplicidade de sistemas jurídicos, hoje conhecida como pluralismo jurídico. O termo "pluralismo jurídico" foi gradualmente atribuído pelos estudos convergentes de diversos autores, sendo utilizado para descrever a identificação desse fenômeno, mesmo que outros autores também tenham contribuído para a compreensão do conceito.

Por sua vez, John Griffiths,[700] grande precursor e referencial do pluralismo jurídico, afirmou que foi Malinowski quem demonstrou a possibilidade da existência do direito sem a existência de Estado. No entanto, ao longo do tempo, a forma pura de pluralismo que comportava a existência de um direito sem as estruturas do Estado acabou diminuindo, passando a coexistir com a evolução de ordens estatais e a produção do direito oficial.

Maliska,[701] ao elencar os pioneiros dos estudos sobre pluralismo, menciona a obra de Eugen Ehrlich (1862-1922), o qual não teria utilizado o termo pluralismo jurídico, mas sim "direito vivo", referindo-se às mesmas realidades. Ehrlich analisou as interações jurídicas da população de Bukowina, formada por diversos povos, como já analisado anteriormente. O pluralismo jurídico se apresenta como categoria da sociologia e da antropologia, além de ser objeto de estudos do Direito.

Ainda segundo Maliska,[702] a tríplice conotação sociológica e antropológica do pluralismo jurídico pode ser percebida a partir de três conceitos diversos. O primeiro é o de Ehrlich, com o seu "direito vivo". O segundo é referente aos "níveis jurídicos" de Pospisil. O terceiro é relacionado aos "campos sociais semiautônomos" de Sally Falk Moore[703] (1924-2021).

Ehrlich entende que estudar o direito vivo implica uma análise do concreto e não do genérico. Seria um equívoco analisar apenas o direito a partir de sua dimensão conflituosa, pois há pessoas que vivem uma vida toda longe dos litígios

---

[700] GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? **Journal of Legal Pluralism**, n. 24, 1986. Disponível em: https://bit.ly/3SuDVLv. Acesso em: 27 dez. 2023

[701] GRIFFITHS, John. **What is Legal Pluralism?**... p. 83.

[702] GRIFFITHS, John. **What is Legal Pluralism?**... p. 85.

[703] Essa importante antropóloga desenvolveu grande parte de seus trabalhos atuando nas Universidades de Columbia e de Harvard. A antropologia jurídica é uma disciplina importante para se demonstrar as experiências em torno do pluralismo jurídico nas sociedades antigas e como poderiam ter construído diversos conceitos para se compreender o fenômeno e relacioná-lo com as atuais experiências pluralistas.

judiciais, contudo, seguiram as regras ao longo de suas vidas.

Pospisil problematizou o pluralismo jurídico concebendo os direitos a partir de subgrupos, não havendo um único sistema jurídico. Os subgrupos convivem a partir de uma hierarquia que reflete os graus, os níveis de inclusão dos subgrupos, que são sobrepostos uns aos outros, formando um sistema, ao que Sally Falk Moore[704] denomina “níveis legais”.

Moore,[705] ao estudar o direito e as suas mudanças sociais em sociedades complexas, entende que o campo observável do antropólogo deve ser estudado em sua dimensão de semiautonomia. Isso refere-se à capacidade do campo de gerar regras, costumes e símbolos internamente, mas também de ser vulnerável a regras e decisões externas.

Desta forma, essa dimensão semiautônoma tem a capacidade de criar regras e meios para induzir ou coagir a conformidade, ao mesmo tempo em que se define a partir de uma matriz social maior que pode afetar e moldar a própria instância.

O que Sally Falk Moore[706] expõe, em outros termos, é a definição da sociedade como um grande sistema que inclui vários subsistemas, como cultura, religião, política, economia, direito, formando subsistemas que se especializam interiormente e se isolam, mas são permeáveis às interações com o meio em que se encontram. Essa concepção remete imediatamente à estrutura de interação de sistemas e subsistemas da teoria dos sistemas de Luhmann.

Segundo Pablo Iannelo,[707] o pluralismo jurídico é de grande relevância para abordar a complexidade pós-moderna do direito, observando a coexistência de espaços jurídicos interconectados e inter-relacionados. Essa complexidade se manifesta na presença de um conjunto de normas que incidem sobre o cotidiano das pessoas, fenômeno denominado "interlegalidade de sistemas normativos". Esse cenário adquire uma dimensão maior em uma sociedade cada vez mais globalizada e multicultural.

Boaventura de Souza Santos[708] dedicou atenção às diversas formas de

---

[704] MOORE, Sally Falk. Law as process: an antrhopological approach. **Routledge & Kegal Pluralism and Unofficial Law**, London, v. 46, n. 1, 2014. Disponível em: https://bit.ly/47I9F48. Acesso em: 26 dez. 2023.
[705] MOORE, Sally Falk. **Law as process**… p. 57-58.
[706] MOORE, Sally Falk. **Law as process**… p. 57-58.
[707] IANNELO, Pablo. Pluralismo Jurídico. **Enciclopedia de Filosofia y Teoria del Derecho**... p. 752.
[708] SANTOS, Boaventura de Souza. **La globalización del derecho**: los nuevos caminos de la

juridicidade, especialmente ao observar as zonas fronteiriças entre pluralidade social e jurídica no contexto da globalização. Santos analisa a relação dinâmica entre os vários sistemas e formas de direito, argumentando que, do ponto de vista sociojurídico, as sociedades modernas podem ser compreendidas como formações ou constelações jurídicas.

Ele destaca que essas formações não devem ser vistas isoladamente, não podendo ser objeto de normatização por um único ordenamento jurídico, mas sim reguladas por uma pluralidade de ordenamentos interrelacionados e dispersos.

Boaventura Santos[709] propõe uma abordagem diferente em relação ao pluralismo jurídico. Ele critica a estrutura conceitual tradicional da antropologia jurídica, que isolava os ordenamentos jurídicos entre a instância normativa jurídica do colonizador e a do colonizado. Santos argumenta que, em sua concepção, o pluralismo jurídico não se baseia na separação essencial dessas ordens jurídicas, mas sim na coexistência e entrelaçamento de diversas legalidades em uma mesma teia. Essa abordagem reconhece a interconexão e a interdependência dos diferentes sistemas jurídicos presentes em um determinado espaço político.[710]

A Ideia de interlegalidade[711] não seria essa; consistiria numa concepção que parte da ideia de que há diferentes espaços jurídicos sobrepostos e entrelaçados. Trata-se de uma legalidade porosa, coexistente numa rede múltipla de ordens jurídicas, de tal forma que a vivência social não tem como escapar de uma interseção de diferentes ordens jurídicas.

A interlegalidade reflete um processo dinâmico que opera em diferentes espaços jurídicos não sincrônicos numa miscelânea desigual e instável de códigos jurídicos. A fim de não deixar dúvidas sobre a distinção de Boaventura Santos,[712] transcreve-se na íntegra a sua distinção conceitual:

> Em uma visão abrangente, Sally Merry distinguiu dois períodos de debate: o pluralismo jurídico dentro do contexto colonial e pós-colonial, por um lado, e o pluralismo jurídico nas sociedades capitalistas modernas, por outro. O segundo período é claramente uma expansão do debate do primeiro período. Sustento neste livro que estamos entrando em um terceiro período, que difere dos anteriores porque,

---

regulación y la emancipación. Tradução: C. Rodríguez. Colômbia: ILSA, 1999, p. 27-28.

709 SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 216-217.

710 SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática de justiça**. São Paulo: Cortez, 2011, p. 115.

711 SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**… p. 216-216.

712 SANTOS, Boaventura de Souza. **La globalización del derecho**… p. 27-28.

> embora o debate nestes girasse em torno de sistemas jurídicos locais, infra estatais, que coexistiam dentro do mesmo espaço e tempo nacionais, no período atual o debate refere-se aos sistemas jurídicos supraestatais, transnacionais, que coexistem no sistema mundial, tanto com os sistemas jurídicos estatais quanto com os infra estatais. Este livro é dedicado a este novo contexto de pluralidade jurídica.[713] (tradução livre)

Assentadas as bases conceituais e os precursores do pluralismo, Maliska avança para uma investigação mais detalhada dos diversos casos, citando o exemplo do Direito Islâmico. Pelo interesse sociológico e antropológico, ele destaca que o Sharia Law, que representa o direito islâmico, tem grandes repercussões na área do direito de família. Menciona um caso de divórcio de um casal que contraiu matrimônio conforme a lei islâmica, e o divórcio foi concedido pela Corte Islâmica. No entanto, outras questões sobre os bens recebidos em forma de presente e o dote do marido (*mahr*) surgiram.

Essas questões foram submetidas ao parecer de um especialista na lei islâmica, e o Tribunal Inglês aceitou a interpretação especializada de que os presentes deveriam ser devolvidos, e o casamento era válido; portanto, o pagamento do dote deveria ser efetuado. O problema reside no fato de que em outras situações, a situação das mulheres pode não ser tão positiva em diversos conflitos matrimoniais, e uma interpretação inadequada desses casos poderia mais prejudicar do que ajudar as mulheres, considerando-as sujeitas de direitos de ordem constitucional.

Para Pascale Fournier, citado por Maliska,[714] a simples transposição jurídica de um ordenamento para outro sem que se tenha procedido a uma abordagem jurídica interdisciplinar e uma postura jurídica realista deve levar em consideração as consequências distributivas de tais decisões. Isso inclui a avaliação de uma norma jurídica extrassalarial e dos direitos garantidos na Constituição, como a igualdade de gênero.

---

[713] "*En una mirada panorâmica redente, Sally Merry ha distinguido dos períodos dei debate: el pluralismo jurídico dentro del contexto colonial y poscolonial, de una parte, y el pluralismo jurídico en las sociedades capitalistas modernas, de la otra. El segundo período es claramente una expansión del debate del primer período. Sostengo en este libro que estamos entrando en un tercer período, que se distingue de los precedentes en que, mientras que el debate en éstos giraba alrededor de los ordenamientos jurídicos locales, infraestatales, que coexistían dentro de un mismo espacio y un mismo tiempo nacionales, en el período actual el debate se refiere a los ordenamientos jurídicos supraestatales, transnacionales, que coexisten en el sistema mundial, tanto con el Estado como con los ordenamientos jurídicos infraestatales. Este libro está dedicado a este nuevo contexto de pluralidad jurídica*".

[714] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Juridico e Direito Moderno**... p. 92.

Outro caso citado por Maliska[715] é o caso dos povos indígenas do Norte, da Sibéria e do Extremo Oriente, que, nos termos da Constituição Russa em seu art. 69, possuem especial proteção. Há uma complexidade de interesses envolvendo a exploração mineral, a proteção ambiental e as práticas sociais e culturais desse povo. Isso implica, de um lado, as responsabilidades estatais, de outro, das empresas de extração e, por fim, dos povos indígenas.

Essa complexidade pressupõe a existência de um conjunto de normas jurídicas, como leis estatais, normas das empresas (muitas vezes multinacionais ou transnacionais) com costumes e regras diversas, bem como costumes, usos e tradições jurídicas dos indígenas.

A conclusão é que deve haver uma conciliação entre o direito estatal, as regras socioambientais e as práticas jurídicas legais. Neste caso específico, a proteção jurídica aos indígenas é insuficiente, pois envolve a demanda pela terra, o autogoverno como condições para a sobrevivência e desenvolvimento das culturas dos povos indígenas.

Há mais um caso mencionado por Maliska,[716] que envolve a disputa por terras indígenas no Canadá. O caso *Calder v. British Columbia*, de 1973, apreciado pela Corte do Canadá, é importante do ponto de vista da sociologia e da antropologia porque foi reconhecido de forma pioneira que o título de propriedade indígena da terra existia antes da colonização do continente, portanto não se baseava em nenhuma legislação estatal.

Essa forma de ver acabou sendo incorporada na Constituição canadense de 1982, na seção 35, a qual determinava que reconhecia e ratificava os direitos dos povos indígenas existentes e os direitos dos tratados (já existentes ou ainda por serem celebrados) dos povos do Canadá, incluindo diversas etnias, sendo assegurados para homens e mulheres. Contudo, a Suprema Corte do Canadá interpretou esses dispositivos de forma minimalista, aceitando de forma moderada o pluralismo, mas conservando o controle estatal sobre a terra e o povo.

Ao comentar a questão da natureza e finalidade dos Tratados, Maliska[717] destaca, de um lado, a perspectiva de que os tratados podem significar uma rica oportunidade de garantir o reconhecimento constitucional das tradições jurídicas dos

---

[715] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Juridico e Direito Moderno**... p. 92-93.
[716] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Juridico e Direito Moderno**... p. 92-93.
[717] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Juridico e Direito Moderno**... p. 92-94.

indígenas, mencionando o posicionamento dos "Inuit", indígenas da Província do Labrador.

Por outro lado, os povos Nisg'a da Província de Colúmbia Britânica entendem que não é preciso nenhum tipo de reconhecimento constitucional, bastando que os Tratados garantam um "substancial autogoverno indígena", preferindo que as interações entre o direito moderno e o consuetudinário ocorram no plano da informalidade e que o risco do não reconhecimento de direitos não seria maior do que a "desvantagem de havendo o reconhecimento", se "perder o controle do direito indígena" tradicional, que seria suplantado por "juízes", tribunais e "burocratas não indígenas".

De forma abrangente, Maliska[718] analisa casos específicos, como na África, onde a preocupação de integrar os direitos pré-coloniais aos direitos coloniais está presente. Não há exclusão das normas estatais, e busca-se uma integração ampla considerando as perspectivas do direito local, internacional e sistemas jurídicos estatais.

Ele também examina aspectos do pluralismo na Ásia, no Paquistão e no Japão, destacando as fortes tradições religiosas que asseguram constitucionalmente a liberdade religiosa e a autonomia organizacional. Há um especial destaque para normas não oficiais aplicadas na cultura familiar no sentido de fortalecer a autoridade do pai na condução da família, envolvendo uma hierarquia de valores, liderança, honra e sanções específicas.

Neste sentido, é interessante assinalar a cultura japonesa em relação à vida e à administração dos interesses públicos. Em casos de corrupção, é bastante comum que os agentes políticos reprovados pela moralidade coletiva cometam suicídio, pois não conseguem conviver com a desonra e a lembrança de terem sido desonestos para consigo mesmos, para com as suas famílias, amigos e para com a honra coletiva nacional. Esse costume é impensável para as elites corruptas de certas regiões do mundo.

Além disso, apoiado nos estudos de René David,[719] afirma-se que as normas de honra não estatais são utilizadas quando das manifestações dos trabalhadores, que ao entrarem em greve, não deixam de trabalhar, mas portam uma

---

[718] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 92-98-99.

[719] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 23-24

faixa preta no braço. Isso tem o significado de que se sentem humilhados nas condições em que se encontram, o que é suficiente na maioria das vezes para demover os patrões de procederem à concessão das reivindicações.

Outro aspecto é que, para um japonês comum, a ideia de recorrer a um tribunal para discutir questões relativas a aspectos particulares da vida familiar, negocial ou outras demandas quaisquer é motivo de grande desonra. Não há o costume de buscar os tribunais. As opções mais honrosas são pelas vias não estatais, em que as questões são decididas de acordo com códigos de honra e tradições milenares.

Até porque a própria Constituição japonesa não é fruto da vontade política daquela comunidade, mas sim da imposição norte-americana, o que desgasta ainda mais o argumento de que a lei estatal deveria conferir direitos, uma vez que ela tem um déficit de legitimidade abissal em relação à cultura japonesa.

Assinala René David[720] que o direito, para os chineses, é um fator de arbítrio e desordem. O bom cidadão não deve se ater às regras de direito, mas sim desprezar o recurso à justiça e aos tribunais. A forma de agir de cada pessoa deve ser no sentido de buscar harmonização e produzir a paz. Nesse sentido, a conciliação tem mais valor do que a própria ideia de justiça, e a mediação deve servir para dissolver conflitos mais do que para resolvê-los no plano da litigiosidade.

Pode até existir leis, como no Ocidente, mas estas não podem ser vistas senão como um símbolo de intimidação, um modelo de conduta, nada mais. Não devem ser aplicadas como no Ocidente, e o cidadão chinês que deixa de lado a conveniência e as boas maneiras inspiradas pela cultura e pela religião.

Observa ainda[721] que optam pela resolução dos conflitos se basear no direito ocidental deve ser visto com desprezo e mais desprezo ainda aqueles que dedicam sua vida ao estudo e aplicação do direito, afirma René David[722] que esta é uma visão comum no Extremo Oriente sob a base do pensamento de que "o direito é bom para os bárbaros".

O regime comunista chinês e a ocidentalização do Japão não mudaram esta concepção enraizada fortemente na sociedade. No Japão, existem códigos como no modelo europeu, mas o povo se abstém dos tribunais, procura uma conciliação e o

---

[720] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**... p. 23-24
[721] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**... p. p. 23-24
[722] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 22-23.

desenvolvimento de técnicas originais. De igual forma, compartilha-se das mesmas concepções na África negra e Madagascar.

Já na Índia, o direito tem uma importância fundamental, sendo superior à equidade, objeto de veneração. Os tribunais são considerados templos da justiça, povoados por juízes respeitados, e nos países fundamentalistas, o direito se confunde com as normas religiosas, portanto, não são questionadas.

Satoru Osanai, de grande autoridade em se tratando de direito japonês, por ocasião de uma palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,[723] assinalou que os problemas japoneses não podem ser resolvidos apenas sob o ponto de vista japonês, mas sim no contexto do direito comparado, trazendo para si a experiência de outros países.

Essa Constituição, que entrou em vigor em 3 de novembro de 1946, veda o direito à beligerância ao Estado japonês, não podendo constituir nenhum tipo de força militar. Portanto, há uma abertura para um pluralismo internacional também.

Por este motivo, as práticas milenares de composição de conflitos tomam um sentido maior do que agir à luz de um texto imposto por uma nação estrangeira, embora tenham sido mantidas várias instituições culturais e tradicionais contempladas no texto de 1946. Contudo, não deixa de ser o fruto de uma imposição estrangeira.

Informa ainda Maliska[724] que, no Paquistão, o pluralismo é limitado por decisão da Suprema Corte, que entendeu que as "Jirgas", procedimentos não estatais de resolução de conflitos, são restritas. Em alguns países satélites da antiga União Soviética no leste europeu, como Uzbequistão, Ucrânia, Rússia e Cazaquistão, a propina foi institucionalizada.

Essa prática é condenada por organismos internacionais, como o Banco Mundial e a Transparência Internacional. Ao analisar os padrões de moralidade mundial, considera-se como atos de corrupção a oferta e o recebimento do “suyunchi”, um sistema informal de distribuição de renda que circula livremente entre cidadãos e servidores de órgãos públicos. No entanto, essas práticas não devem ser confundidas com a corrupção em grande escala e os valores característicos desse fenômeno.

---

[723] OSNAI, Saturo. OSANAI: espírito pacifista da Constituição orientou a recuperação para o povo japonês. Leis, Concorrências & Leilões. Indústria e Comércio. **Caderno E**. Curitiba, 17 set. 1991.
[724] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 102-103.

Maliska[725] destaca que o Estado Constitucional é caracterizado como um Estado Constitucional Cooperativo, cuja legitimidade política e jurídica é reconhecida. Kelsen parte do pressuposto de uma sociedade pluralista e de um direito estatal único, uma vez que reconhece o pluralismo político.

No entanto, ele não reconhece o pluralismo jurídico, que implica na coexistência de sistemas jurídicos paralelos ao Estado. Neste contexto, tais sistemas podem ser considerados como válidos perante as autoridades estatais, embora coexistam de forma independente em relação ao direito estatal.

Maliska e Moreira[726] abordam um caso intrigante de pluralismo jurídico, referente ao Rio Vilcabamba, onde a discussão envolvia os direitos da natureza apresentados perante o poder judiciário do Equador. No processo, foi invocado o preâmbulo da Constituição equatoriana, que menciona a "Pachamama" como uma nova forma de convivência entre seres humanos e a natureza. Além disso, outros fundamentos previstos na Constituição do Equador foram apresentados, refletindo uma nova concepção de desenvolvimento que combinava responsabilidade com a garantia de direitos.

A exigência de empreendimento desse tipo implica em uma completa harmonia com a natureza, conforme estabelecido no art. 275, III da legislação equatoriana. Isso implica no respeito integral aos direitos da natureza, incluindo sua restauração, manutenção e regeneração dos ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos, conforme delineado nos arts. 10, 71 e 73. Além disso, destaca-se o reconhecimento da água como elemento vital para a natureza, conforme disposto no art. 318.

Os autores[727] relatam que, inicialmente, a demanda não foi bem-sucedida devido a uma objeção formal. Argumentou-se que a falta de personalidade jurídica de um ente inanimado, como um rio, resultava na ausência de legitimidade passiva. Além disso, apontou-se a inadequada citação dos demandados, levando à constatação da impossibilidade de uma argumentação adequada ao caso.

Contudo, essa decisão não foi aceita pelos representantes dos autores, que recorreram apresentando um recurso de apelação à Corte Provincial. Nesta

---

[725] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 102-103.
[726] MALISKA, Marcos Augusto; PARCELLI, Dionizio Moreira. **O caso Vilcabamba e *El Buen Vivir* na Constituição do Equador de 2008**... p.168-169.
[727] MALISKA, Marcos Augusto; PARCELLI, Dionizio Moreira. **O caso Vilcabamba e *El Buen Vivir* na Constituição do Equador de 2008**...p. 168-169.

instância, os magistrados acolheram os argumentos apresentados, deram provimento ao recurso e reconheceram a efetiva violação dos direitos da natureza. A fundamentação para essa reversão incluiu o reconhecimento de que os demandados foram citados adequadamente.

Além disso, destacou-se que a ação de proteção era a única via adequada e eficaz para salvaguardar os direitos da natureza, devido à existência de um dano específico. Foi formalmente reconhecida a importância da natureza, ressaltando sua indispensabilidade para a proteção contra a destruição, impactando não apenas as gerações presentes, mas também as futuras. Essa inovação no caso refletiu a preocupação com sujeitos processuais que ainda não existiam, pertencentes a possíveis gerações no futuro.

A Corte também decidiu que as atividades que apresentam a probabilidade ou risco de causar contaminação ou danos ambientais estão sujeitas a medidas de precaução, independentemente da certeza dos danos. Além disso, determinou-se a inversão do ônus da prova, conforme reconhecido pela Constituição equatoriana. Nesse sentido, foi atribuída ao Governo Provincial a obrigação de apresentar provas sobre a inocuidade das ações relacionadas à abertura da estrada local, fator associado à degradação do rio. A Corte considerou inaceitável o fato de o Governo Provincial não ter cumprido a obrigação de obter uma licença ambiental do Ministério do Ambiente equatoriano para a ampliação da via.

A Corte determinou que a ampliação da via poderia ocorrer, desde que fossem respeitados os direitos da natureza e que as normas ambientais estipuladas na Ação de Proteção nº 11121-2011-0010 fossem integralmente cumpridas. No entanto, a decisão não foi totalmente obedecida, levando ao ajuizamento de uma ação de descumprimento em 2012 perante a Corte Constitucional equatoriana. Isso ocorreu porque a decisão da Corte Provincial não foi integralmente cumprida. Até o momento em que Maliska informa sobre o processo, não há detalhes disponíveis sobre o resultado da referida "acción de incumplimiento".[728]

O caso do Rio Vilcabamba representa, inicialmente, uma ressemantização e realocação das noções jurídico-processuais de sujeito de direitos. Esse processo busca incluir a natureza de acordo com um paradigma não antropocêntrico, mas sim ecocêntrico. Em um segundo momento, à luz da teoria do sujeito constitucional de

[728] MALISKA, Marcos Augusto; PARCELLI, Dionizio Moreira. **O caso Vilcabamba e *El Buen Vivir* na Constituição do Equador de 2008**...p. 168-169

Michel Rosenfeld, o caso é compreendido como um desenvolvimento evolutivo resultante de uma interpretação constitucional mais abrangente.

Assim como no caso Dred Scott e familiares, discutido ao longo desta tese, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos negou jurisdição a um escravo com base em questões estritamente processuais, sem adentrar ao mérito de seus direitos como cidadão, pois apenas aos americanos brancos era concedido o acesso aos tribunais, a Corte do Equador agora reconhece a personalidade jurídica de um rio, um ente não humano, um elemento da natureza. Além disso, ela estende a jurisdição para gerações futuras, que atualmente são inexistentes.

É uma expansão dos conceitos de vida e direitos, originada a partir de novos enfoques, paradigmas e racionalidades distintas daqueles presentes em outros lugares do mundo. Este caso serve como ponto de partida para abrir discussões em outros contextos culturais e jurídicos, como foi evidenciado no caso do Rio Whanganui, na Nova Zelândia, e em relação aos Rios Ganges e Yamuna, na Índia, nos quais foi reconhecido que se tratava de "entidades vivas". No entanto, é importante notar que, ao contrário do caso equatoriano, nesses exemplos não houve um reconhecimento dos direitos de ordem processual, conforme relatado por Maliska e Moreira.[729]

Se o constitucionalismo andino foi capaz de alterar a forma como vemos o mundo e a vida, por meio de uma mudança de paradigma que considera, por um lado, os direitos das gerações futuras e, por outro, o reconhecimento jurídico-formal, especialmente no âmbito processual, para conferir direitos e personalidade jurídica a entidades vivas não humanas, isso representa uma mudança significativa no sujeito constitucional. Essa transformação não se baseia mais apenas na proteção indireta ou tutelada pelo status da humanidade, mas reconfigura radicalmente a noção de quem é sujeito de direitos no âmbito constitucional.

O constitucionalismo andino aponta para a comunidade global a possibilidade de estabelecer novos arranjos institucionais e percursos legais inovadores. Ao introduzir uma nova perspectiva que promove a esperança de um mundo preocupado crescentemente com a sustentabilidade e a coexistência harmoniosa com a natureza, esse movimento tem desempenhado um papel significativo e é um dos eventos mais relevantes dos últimos séculos.

---

[729] MALISKA, Marcos Augusto; PARCELLI, Dionizio Moreira. **O caso Vilcabamba e *El Buen Vivir* na Constituição do Equador de 2008**...p.169-170.

A análise desses desenvolvimentos torna-se cada vez mais crucial, abordando seus diversos aspectos, incluindo os processuais, constitucionais e sob o prisma da interlegalidade.[730]

O tópico encerrado analisou o fenômeno do Pluralismo Jurídico, explorando sua origem, conceito e categorias, bem como as diversas conotações do termo do ponto de vista psicanalítico, sociológico e antropológico. Ao seguir os principais marcos teóricos estabelecidos, foi possível traçar a evolução desse fenômeno desde suas origens até a contemporaneidade, destacando suas perspectivas futuras.

3.3. FENÔMENO DA CODIFICAÇÃO: ENTRE CÓDIGOS E TOTENS SAGRADOS E O PLURALISMO NAS REALIDADES LOCAIS E MUNDIAIS

De onde se origina o direito? Sua legitimidade é determinada pela fonte de sua origem ou é conferida pela legislação? Como se pode afirmar que os direitos são legítimos e qual é o percurso desde sua concepção até sua aplicação? Se a ideia do pluralismo jurídico representa a quebra da crença de que apenas o direito estatal, originado pelo aparato estatal por meio de seu sistema legislativo, é legítimo e digno de respeito, a validade de uma norma proveniente de grupos de pressão e manipulações ao longo de seu processo legislativo seria maior, em termos de aceitação pelos destinatários, do que as normas acordadas dentro de uma comunidade? Como lidar quando as normas impostas a uma comunidade entram em conflito direto com as normas produzidas pelo Estado?

Qual norma deve prevalecer? Para o indivíduo dotado de senso prático em relação aos aspectos cotidianos, essas indagações sobre a temática do pluralismo jurídico são permeadas por todo e qualquer interesse. Se aceitarmos a existência de múltiplas normatividades, qual delas possui maior validade, qual deve ser obedecida? Se não houver uma resposta prática para essas perguntas, discutir o pluralismo jurídico se torna uma mera perda de tempo, já que não conduz a lugar algum.

Todo esse ciclo de questionamentos está imerso em uma intensa polêmica entre Hans Kelsen e Eugen Erlich. Para Kelsen, a questão central reside na

[730] Entende-se por interlegalidade o processo de intercâmbio e coexistencia das diversas e diferentes normas legais sob a perspectiva de uma única ordem jurídica organizada de tal forma que há um entrelaçamento entre estas diversas normatividades, o que se percebe claramente nas relações internacionais no âmbito da globalização.

possibilidade da executoriedade de uma norma, mesmo que resulte do consenso de uma comunidade, quando o Estado, em última instância, rejeita essa forma de juridicidade. Algumas linhas acima, houve uma explanação detalhada de alguns aspectos dessa controvérsia, que também aborda outras questões.

Contudo , como introdução a este tópico, não haveria exemplo mais apropriado para trazer ao centro da discussão essa questão. Em um sistema legal positivo, especialmente em países como o Brasil, com sua tradição jurídica, as leis são produzidas ou incorporadas por meio de códigos legais. Esses códigos carregam consigo uma discussão que abrange aspectos sociológicos, psicanalíticos, filosóficos, antropológicos, linguísticos e até religiosos, pois acumulam significados ao longo do tempo nas tradições e no inconsciente coletivo.

O tema dos códigos e da codificação no direito levanta naturalmente outras questões. Para compreender a relação do totemismo com as leis codificadas, é crucial entender qual tipo de Estado foi a fonte dessas leis e quais são suas estrutura e características. O modelo clássico do direito positivo no Ocidente está enfrentando uma crise, incapaz de fornecer soluções adequadas para a sociedade contemporânea. O direito que sustenta o Estado clássico tem suas bases estruturadas em uma racionalidade compartilhada pelo próprio Estado, historicamente organizando a sociedade sob um paradigma liberal burguês.

Esse modelo de governança e organização social é, por sua natureza, individualista, egoísta e dominador. Ele se revela perverso em relação ao feminino, uma vez que está fundamentado em uma sociedade patriarcal, machista e capitalista, marcada por uma racionalidade mecanicista. Isso implica dizer que possui um horizonte de significado para a humanidade e o mundo baseado na ideia de separação, não integrado, não sistêmico e capitalista, pois a mentalidade de exploração e busca pelo lucro elimina possibilidades de colaboração e fraternidade.

Esse modelo de mundo, a partir da concepção de um Estado denominado Liberal, incorporou a legalidade através da formalidade durante o surgimento da ideologia liberal no século XVIII, consolidando a ascensão da nova classe social no poder, a burguesia. Michel Miaille,[731] como autor clássico na crítica do direito liberal, destaca um certo "fetiche formalista".

Michel Miaille[732] e Antoine Jeammaud são dois pensadores franceses que

[731] MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa, 1988, p. 307
[732] MENNA-BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do Direito: perspectivas contemporâneas.

exerceram uma grande influência no desenvolvimento do direito crítico na França[733] nas últimas décadas. Seu impacto se estende ao cenário brasileiro, influenciando autores importantes como José Ribas Vieira, José Afonso do Nascimento e Luis Alberto Warat, conforme relatado por Roberto Fragale Filho e Joaquim Leonel de Rezende Alvim.

Esses autores, entre outros, desempenharam um papel fundamental não apenas em iniciativas significativas na organização de natureza institucional, unindo suas respectivas instituições de ensino, mas também estabelecendo conexões com instituições de ensino jurídico na França. Seus estudos, aliados às pesquisas desenvolvidas por Roberto Lyra Filho, representaram um divisor de águas inegável na história do direito brasileiro a partir das décadas de 1970 e 1980.

Até esse período, o estudo do direito no Brasil permanecia caracterizado por um conservadorismo, destacando-se um formalismo positivista absolutamente limitante do ponto de vista das diversas possibilidades de pesquisa e avanços do Direito como instância de resolução de conflitos, especialmente na área social e em conflitos de massa que abrangem todas as áreas do direito.

Tais pensadores[734] influenciaram várias gerações, e apesar de suas ideias não terem sido completamente bem-sucedidas, e mesmo com uma base fortemente marcada pelo marxismo em sua origem, o que, por si só, gerava um conteúdo substancial de "desconfiança" por parte das estruturas estabelecidas, tanto na academia quanto nas próprias estruturas sociais.

As ideias[735] difundidas, não apenas no Brasil, mas também em expansão por outros países, graças a uma frágil, porém criativa, cadeia de divulgação de pesquisas na própria América Latina, representavam um contraponto ao que era praticado até então no Brasil. O Direito, ensinado nas faculdades com base na literalidade dos códigos, era acrítico e descompromissado com qualquer tipo de causa social no sentido transformador de certos contextos sociais. Ele servia para a perpetuação dos interesses predominantes na sociedade e nada mais que isso.

Estudios de Derecho, v. 78, nº 171, e2, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3Ucoede. Acesso em: 6 jun. 2023.

733 FERGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. O movimento "*critique du droit*" e seu impacto no Brasil. **Revista Direito GV 6**. v. 3, n. 2, p. 143-144, jul.-dez. 2007. Disponível em: https://bit.ly/42iCy60. Acesso em: 6 jun. 2023.

734 FERGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. **O movimento "*critique du droit*" e seu impacto no Brasil**... p. 143-144.

735 FERGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. **O movimento "*critique du droit*" e seu impacto no Brasil**... p. 143-144.

Em decorrência das prisões, perseguições e intimidações que permeiam uma sociedade sob um regime autoritário, que é ilegítimo e violador de direitos, como foi o movimento de 1964, os espaços para debater, escrever e, ainda mais, ensinar qualquer tema que pudesse ser interpretado como contrário aos interesses do regime militar, principalmente de orientação ideológica de direita, eram severamente limitados.

A jovem geração universitária, especialmente na área do direito, passou a ser doutrinada com base em textos refratários a qualquer tipo de pluralidade de ideias ou concepções jurídico-políticas que não fossem a expressão sumária de uma ideia de direito "ordeiro" e "progressista", na mais genuína manipulação conceitual dos valores democráticos obscurecidos pela violência e pela Ditadura militar. Tanto é que ainda hoje se ouve, de pessoas que viveram naquele tempo no Brasil, que "a Ditadura não mexia com ninguém, era só não ser comunista!".

Contudo, o golpe não foi contra um regime comunista que se instalava no Brasil, mas sim contra o próprio regime democrático de direito, o que se comprova pelas incessantes violações de direitos a ponto de a Constituição de 1988, em sua versão final, ter sido promulgada como uma espécie de antídoto em relação aos Direitos Fundamentais. Se o regime democrático tivesse sido mantido no advento de uma nova Constituição, esta não teria tanta preocupação em detalhar garantias como a de que alguém só pode ser detido mediante ordem judicial emitida por autoridade competente ou em flagrante delito, ou ainda que ordens judiciais não se cumprem durante a noite.[736]

Antes do golpe militar de 1964, naturalmente, havia uma atmosfera muito mais propícia para teorizar sobre direitos em suas múltiplas manifestações. Isso ocorria porque qualquer conflito massivo, como reivindicações por moradia, melhores condições de trabalho, manifestações coletivas de comunidades ou movimentos estudantis, acesso à terra para produção agrícola, ou qualquer outro direito, fosse de caráter individual, como liberdade artística, de expressão ou mesmo liberdade de cátedra, era motivo para uma rigorosa repressão. O pluralismo encontrava-se amordaçado.

---

[736] No episódio do massacre de Corumbiara, em Rondônia, em 1995, em que muitos agricultores sem-terra e policiais morreram, a ordem de reintegração de posse em poder da autoridade policial foi executada durante a madrugada.

A inclusão de certos aspectos biográficos,[737] do contexto da época e das obras é indispensável para a contextualização do que esses pensadores escreviam, para quem o faziam e em que circunstâncias. Esses elementos fornecem importantes pistas hermenêuticas para uma compreensão mais profunda do pensamento de cada época e possibilitam avaliar como essas ideias podem ou não ser aplicadas nos tempos posteriores.

Adicionalmente, é importante ressaltar que uma das marcas mais cruéis da ditadura foi a eliminação das biografias que não estavam alinhadas com o sistema ditatorial. Com isso, perdeu-se não apenas o relato de vidas desinteressantes para o regime, mas também tudo o que essas biografias representavam em termos de altivez, grandeza histórica e manifestação do gênio da liberdade de pensamento. Não é raro observar que a riqueza de vida de certas personalidades se entrelaça com a grandeza de suas realizações, ultrapassando os limites comuns da mediocridade própria de cada período.[738]

No Brasil, o processo constituinte, como consequência da redemocratização do país, que culminou na Constituição de 1988, marcou um momento histórico repleto de possibilidades para romper com a visão político-jurídica até então predominante. Essa visão refletia muito as próprias condições históricas de um Brasil e de um continente latino-americano em processo de abandonar os regimes de ditadura militar.

Michel Miaille[739] destaca que, excluindo sua crítica de teor marxista, todas as outras construções teóricas em direito se revelam como "fetichismo". Ele utiliza esse termo com o intuito de enfatizar a perspectiva de juristas que, ao justificarem suas reflexões sobre o direito, acabam encontrando uma resposta milagrosa que, de alguma forma, permeia todas as questões, variando apenas em grau de habilidade. Entre as diversas ideologias que tentam essa abordagem, Miaille identifica os diversos "fetichismos" respectivos, embora o ponto de vista subjacente permaneça o mesmo.

---

[737] Não se pode confundir aqui certas notas biográficas no contexto geral da metodologia de trabalho e que tem o sentido precípuo de contextualizar certas ideias, com uma preocupação sem sentido de traçar narrativas através de linhas de tempo que a boa técnica não aconselha nos trabalhos acadêmicos contemporâneos, o que, contudo, não contraindica uma coerência na exposição das ideias bem como uma necessária demarcação de escolas de pensamento de cada quadra histórica e suas contingências.

[738] Recorde-se aqui de Evandro Lins e Silva e outros ministros do Supremo Tribunal Federal aposentados compulsoriamente para ceder lugar aos Ministros indicados pela Ditadura.

[739] MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**... p. 244.

Miaille[740] afirma que o fetichismo ocorreu quando os juristas e filósofos do direito tentaram explicar o direito referenciando-se ao seu conteúdo, imaginando que o direito era a expressão do certo e do justo, conforme idealizado no direito natural. Nessa perspectiva, as relações eram consideradas normais e naturais, o que contribuía para a perpetuação da antiga dominação do modo de produção escravista e feudal, não fosse o advento da Revolução Francesa em 1789.

A partir desse ponto, ocorre a consolidação da burguesia, uma nova classe em ascensão, que se apropria do poder utilizando "os símbolos da balança e da espada da justiça, para se prevalecer deles na sua luta contra o feudalismo", justamente para cortar o caminho a essa ideologia "sempre perigosa para a ordem estabelecida".[741]

A paz burguesa,[742] fundamentada em elementos ideológicos que buscam enxergar no direito um fator formal de segurança, abre caminho para a emergência de uma expressão positivista do direito, identificado como um elemento de estruturação social que rege conteúdos sociais. Conforme destaca Miaille,[743] essa visão era tributária do "cientificismo realista" do século XIX, uma postura que ainda perdura em muitos contextos do ensino do direito. Assim, tanto na forma quanto no conteúdo, o que persiste é o "duplo movimento fetichista".

Para Michel Miaille,[744] esse duplo fetichismo se manifesta no contexto de uma concepção originada das complexidades e contradições de uma sociedade burguesa, enraizada em uma ideologia liberal que deu origem a outra ideologia tecnicista e formalista que caracterizam o direito contemporâneo.

Dessa forma, surge a contradição de uma produção ideológica da burguesia, que destruiu a antiga ideologia feudal em nome de uma "razão superior", apenas para conservar a sua própria através da produção da "fetichização da ordem formal", tanto no conteúdo quanto na forma jurídica do direito.

Esse Estado burguês, ao gerar esse direito formalista, por outro lado, ao reformular o perfil da sociedade e contrastar com a ordem feudal anterior, também desencadeia um constante fluxo de reivindicações. Assim como as conquistas da nova classe social se concretizaram na garantia da proteção da propriedade e da

---

[740] MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**... p. 244.
[741] MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**... p. 244.
[742] MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**... p. 244.
[743] MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**... p. 244.
[744] MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**... p. 245.

liberdade, esse processo também estimula uma dinâmica contínua de demandas sociais.

Destaque-se, logicamente, a necessária contextualização dos institutos preservados nas limitações históricas dessas circunstâncias e das conjunturas geopolíticas da época, como as restrições de cidadania e direitos aos escravos ou às mulheres, que foram conquistados ao longo do tempo.

Esses institutos são construídos historicamente, assim como os conceitos de propriedade, liberdade e justiça. São construções coletivas ao longo do tempo, e os direitos, na prática, não nascem dados, sendo comumente construções históricas que não raramente deixam seu rastro de sangue e dor no processo de aquisição. Há direitos cujo verdadeiro preço é o sangue vertido para conquistá-los.

Desta forma, instalam-se as reivindicações próprias de uma configuração diferente do Estado Liberal, agora em relação ao momento seguinte, o Estado Social. Mesmo que não tenha havido uma rigorosa delimitação do ponto de vista ideológico, assim como atualmente não há, as linhas mestras de ambos os paradigmas estatais podem se misturar, se entrelaçar e preponderar em determinados momentos históricos devido a fatores muito específicos.

Wolkmer[745] considera as profundas mudanças que ocorreram com a consolidação da racionalidade burguesa e a complexidade das novas formas de organização social. Ele destaca vários aspectos que contribuíram para essa complexidade, incluindo regulações normativas de comportamento, uniformização de práticas e representações sociais, centralização dos processos de decisão, realidades multifacetadas e avanços tecnológicos que transformaram uma sociedade predominantemente industrial para uma sociedade digital. Além disso, destaca que as sociedades marcadas pela nacionalidade se expandem no contexto da globalização.

No âmbito cultural, as estruturas unitárias acabaram se transformando em experiências fragmentadas, virtuais e plurais. Esse processo envolveu o desaparecimento progressivo das culturas não plurais, lineares, totalizantes e deterministas, bem como das estruturas hierarquizadas.

Wolkmer também destaca o eclipse dos paradigmas de legitimação com as profundas alterações das formas de vida. Ele observa o advento dos chamados

---

[745] WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE. José Rubens Morato (Org.) **Os novos direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 7.

"novos direitos" com novos sujeitos demandando a ampliação do espaço de prioridades. Isso abre caminho para novas formas idealizadas e práticas de juridicidade que, diferentemente das formas anteriores clássicas, fundamentadas fortemente na dogmática jurídica, vão além da literalidade das leis. Essas mudanças são impulsionadas por novos instrumentos de interpretação que buscam ampliar os direitos.

As ideias de neutralidade e rigor científico, que permitiriam uma autonomização absoluta da ciência, também declinaram. As novas formas de expressar a juridicidade manifestam-se cada vez mais em instâncias transgressoras e pluralistas, evidenciando a necessidade e a força de novos direitos. Isso revela uma revolução com fenômenos desafiadores e facetas inéditas para os operadores do direito na modernidade, em todas as instâncias, sejam estas públicas ou privadas, e em todas as áreas do Direito. Esse cenário causa perplexidades, especialmente no âmbito do Direito Processual tradicional.

A Constituição de 1988 elencou uma série de categorias legais a partir das quais foram elaborados diversos estatutos jurídicos específicos, dando origem a novas manifestações ou novos direitos. Isso inclui direitos expressamente previstos, como os direitos da criança e do adolescente, mulheres, indígenas, negros, homossexuais, idosos, consumidores, direito ambiental, biodireito, cibernética e as implicações da realidade virtual, abrangendo áreas como penal, familiar e psicanalítica.

Essa ampla gama de direitos, alguns dos quais demandam novas posturas por parte dos operadores do direito, inclui mais recentemente os direitos que elevam a cidadania a um novo patamar, como a cidadania digital. Isso traz uma série de implicações ainda não totalmente compreendidas e, em grande parte, ainda não devidamente resguardadas legalmente no âmbito da juridicidade.

De todo o extenso rol que Wolkmer[746] indica, percebe-se uma inédita abertura às diversas potencialidades que incorporam multiplicidade e pluralismo nos mais diversos âmbitos do saber. Isso evidencia a total incapacidade dos atuais paradigmas civilizatórios, que carecem de eficácia e soluções diante das questões inéditas apresentadas numa sociedade agora de massa, exigindo abordagens totalmente diferenciadas para os problemas humanos em comparação com as

[746] WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.) **Os novos direitos no Brasil**... p. 7.

soluções tradicionalmente oferecidas pelo sistema.

A legitimidade da lei não pode mais se contentar apenas com a identificação no texto normativo literal produzido pelo Estado. As existências normativas além do âmbito estatal gozam de plena legitimidade. Esse é o postulado essencial do pluralismo jurídico, que se apresenta como um novo paradigma de juridicidade cujo fundamento está na ação histórica dos novos sujeitos coletivos e em sua carência por direitos essenciais.

O paradigma jurídico derivado do Estado Liberal burguês, essencialmente capitalista, era caracterizado por um centro único de irradiação dos efeitos das normas jurídicas, onde a legitimidade residia em uma estrutura monista centrada no Estado. Sua racionalidade ancorava-se na ideia de certeza e segurança jurídica, respaldada pelas características gerais e abstratas das leis, que eram produtos do Estado. Esse paradigma simplesmente ignorava a existência ou não de outros centros normativos ou práticas sociais diversas, como as praticadas em comunidades indígenas, por exemplo, para as quais o direito era totalmente indiferente.

Não era concebível considerar como legítimas normas que não fossem produtos do Estado. Embora existissem outros centros normativos, diversas instâncias de manifestação de poder normativo coexistiam, mas não de maneira centralizada, unificada e controlada por uma única entidade. Nesse contexto, o Estado tornou-se a única e exclusiva instância detentora do poder político, fazendo valer suas leis e ignorando outras formas de poder, resultando no apagamento dessas demais expressões normativas.

Os subsistemas sociais eram dotados de densidades de poder, como a religião, em que o poder do papado era incontestável. Existiam normas consuetudinárias que eram consideradas até mais adequadas e legítimas do que as imposições estatais, mas todas as outras formas foram silenciadas, reprimidas e punidas.

A antiga fragmentação do poder se espalhava pelo poder da Igreja, pelos senhores feudais em diversos níveis e pelos poderes dos príncipes e reis, constituindo uma instância multifacetada de poder que legitimava as diversas esferas de juridicidade. Não havia ainda a centralização e concentração de todo o poder, o que só veio a ocorrer com a consolidação do poder do Estado.

Iniciar este tópico com uma abordagem mais socrática, questionando o que

é a lei realmente, os verdadeiros motivos pelos quais alguém obedece, e explorar a possibilidade de uma convivência social se ninguém mais obedecesse a qualquer regra seria de grande utilidade didática. Poderíamos indagar sobre as verdadeiras raízes da obediência legal, questionar o significado de um código de leis e, nesse contexto, explorar a relevância, finalidade e possíveis virtudes de reduzir as normas sociais a códigos legais impostos à sociedade.

Emile Durkheim[747] trabalha com a imagem do totemismo australiano em seus estudos sociológicos. Sua análise o conduz à compreensão da força social de coerção gerada pelo sentimento do sagrado em cada indivíduo do grupo. Durkheim classifica rudimentarmente o mundo em duas partes: as coisas sagradas e as coisas profanas.

Essa distinção posteriormente originará a ciência e a filosofia. Sob esse enfoque, o universo se divide em sagrado e profano, representando dois mundos partilhados por todos os povos e praticados por meio de cultos religiosos, ao menos essa era a pretensão de Durkheim ao demonstrar seus estudos.

Em todas as crenças religiosas, sejam simples ou complexas, dois elementos comuns permitem classificar as coisas, sejam reais ou ideais, em dois gêneros opostos: o profano e o sagrado. Essa divisão cindindo o mundo em dois domínios, onde um é dominado pelo que é sagrado e o outro pelo que é profano, constitui um sistema de representação social básico. A partir desse sistema, estabelece-se uma compreensão da existência humana.

Em suas pesquisas, Durkheim[748] não estava sozinho; juntamente com Sigmund Freud, eles utilizaram um instrumento metodológico bastante razoável. Partindo desse pressuposto, Freud começou a comparar a psicologia dos povos primitivos com a psicologia dos neuróticos. Ele considerava a forte relação entre os indivíduos e a sociedade, observando a interseção entre cerimônias individuais e cerimoniais coletivos. Sob essa abordagem, afirmava que "a história individual de cada sujeito não seria mais do que a repetição da história da própria humanidade".[749]

---

[747] DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**: o sistema totêmico na Austrália. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 19.

[748] DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**... p. 19.

[749] ROUDINESCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise**. Tradução: Vera Ribeiro e Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

Sigmund Freud[750], ao investigar as causas e origens da obediência às convenções e normas sociais no início do século XX, empregou processos de comparação para construir seu método de trabalho. Reconhecendo a impossibilidade de retratar com exatidão certos momentos da história humana mais distantes no tempo, ele considerou a hipótese de buscar nas vivências de povos atuais que vivessem em isolamento, ou algo mais próximo disso, o que poderia retratar como era a estrutura mítica, mental e antropológica dos povos mais antigos.

Para Freud,[751] o processo evolutivo da humanidade perpassou pelas fases da magia, da religião e, finalmente, pela fase do nível científico. A herança psíquica de simbolismos produzidos ao longo dessas experiências dos povos primitivos foi transmitida através das ações, chegando até os dias de hoje.

O conceito desenvolvido nos estudos freudianos, a partir da obra "Totem e Tabu", abrangia antropologia, sociologia, psicologia e religião. Partindo da concepção simbólica de que o pai primitivo, chefe supremo do clã, teria sido simbolicamente destruído pelos seus filhos, esse evento traumático deixou traços indeléveis na história individual e social, sendo a fonte de diversos fenômenos psíquicos.

Segundo Freud,[752] o termo "totem" ou "totéme" tem origem em "*odoodem*", uma palavra da língua algonquina, falada por tribos indígenas norte-americanas que habitam regiões mais ao norte, próximas ao Canadá. Esse termo expressa a ideia de "brasão, armas, marca, distintivo" de uma família, indicando um "animal, planta, objeto ou fenômeno natural" que evoca um "símbolo sagrado" para essas tribos ou clãs, aos quais se sentem ancestralmente ligados a uma divindade protetora que zela pela comunidade.

Por sua vez, o termo "tabu" implica em uma "ação, objeto, pessoa ou lugar proibidos por uma lei ou cultura", uma "proibição que leva alguém a não fazer alguma coisa por medo de castigo divino ou sobrenatural". Segundo Freud, o tabu é "o mais antigo código de leis não escritas pela humanidade", já existente bem antes dos deuses e de qualquer religião.[753]

Assentados esses fundamentos psicanalíticos da lei, no tratado freudiano

---

[750] FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**: Contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Obras completas, 11, p. 43.
[751] FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**... p. 43.
[752] FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**... p. 43.
[753] FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**... p. 48.

e sociológico, sob o prisma de Durkheim, é possível compreender com mais conforto os motivos pelos quais a criação de leis se espalhou por todos os povos. Estar "fora da lei" evoca sempre um sentido de profano, maldito ou marcado pelo destino ou pelos deuses. Daí o significado icônico dos Códigos, inspirando segurança, confiança e estabilidade social e coletiva. Essa hipótese parece muito bem fundamentada e coerente diante da ausência de outra com cientificidade e fundamentação que refute os estudos de Durkheim e Freud.

Observe-se que em relação ao mesmo fato, descrito como crime, delito ou ilícito, basta que a lei que assim o define seja alterada e tal fato nada mais significa. Pelo contrário, pode até ser motivo de honra para o acusado ou suspeito. Neste sentido, a ironia de Pascal[754] ao dizer que o mesmo fato que é crime em um país se converte em motivo de honrarias e regozijo dependendo do lado do rio em que está o observador.

Fernando Braga[755] relata o surgimento dos Códigos de leis, iniciando-se pelo Código de Hamurabi, escrito em língua suméria. Outros exemplos incluem o Código de Manu na Índia, cuja fonte são os livros sagrados; a Lei das XII Tábuas, surgida no século V antes de Cristo, cuja referência a tábuas repete a terminologia aplicada às leis de Moisés. Relatos bíblicos atestam que Moisés teria recebido as leis diretamente de Deus no Monte Sinai, onde estavam esculpidos os Dez Mandamentos, um código moral comum a diversas civilizações.

Braga[756] sistematiza a história da codificação no Brasil, destacando que a legislação até então era a portuguesa, incluindo as Ordenações e outras leis aplicadas ao Brasil. Após a Independência, a Lei de 23/10/1823 determinou a continuidade da legislação portuguesa para manter uma ordem jurídica mínima até que fosse elaborada a legislação adequada. Augusto Teixeira de Freitas, em 1858, concluiu a consolidação das leis civis no Brasil, desempenhando um papel significativo nesse processo.

A história da codificação no Brasil continua com Augusto Teixeira de Freitas sendo novamente contratado para elaborar o projeto do Código Civil. O

---

[754] PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Artigo 24, III. Ed Ridendo Castigat Mores, 2010. Disponível em: https://bit.ly/4b78gHf. Acesso em: 24 jan. 2024

[755] BRAGA, Fernando. **Da codificação à lei civil brasileira**. Disponível em: https://bit.ly/3vM1yq7. Acesso em: 10 jul. 2022, p. 181.

[756] BRAGA, Fernando. **Da codificação à lei civil brasileira**... p. 184.

esboço foi divulgado em 1865, composto por quase 5.000 artigos.[757] A comissão que analisou o trabalho de Teixeira de Freitas considerou-o muito longo e prolixo. Posteriormente, um novo projeto foi apresentado por Joaquim Felício dos Santos, mas também foi criticado por ser sistêmico e prolixo. Uma nova comissão, liderada por Lafayette Rodrigues Pereira, analisou o segundo projeto e o entregou à Câmara dos Deputados. O Conselheiro Cândido de Oliveira, ministro da justiça em 1889, foi encarregado do trabalho.

No entanto, nesse período, a República foi estabelecida e uma nova comissão foi designada para elaborar o projeto de código civil. Em 1890, Campos Sales incumbiu Coelho Rodrigues desse trabalho, que foi concluído em 1893. No entanto, esse projeto também foi rejeitado, mas encaminhado ao Senado. Campos Sales, então Presidente da República, designou Clóvis Bevilaqua para o encargo, que recebeu diversas críticas.

Bevilaqua iniciou os seus trabalhos em 1899,[758] concluindo-os no final do mesmo ano. Ele elaborou o novo projeto, que foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 1900. Posteriormente, em 1902, o projeto foi enviado a uma comissão revisora, tendo Ruy Barbosa como relator. Em apenas 3 dias, Ruy Barbosa redigiu seu parecer, alternando entre todos os artigos, apresentando emendas e pautando-se pela necessidade de que o código tivesse um elevado padrão linguístico, evocando a cultura nacional para poder perdurar ao longo do tempo.[759]

O Parecer de Ruy Barbosa[760] foi divulgado em 1902, recebendo tanto

---

[757] BRAGA, Fernando. **Da codificação à lei civil brasileira**... p. 183.
[758] BRAGA, Fernando. **Da codificação à lei civil brasileira**... p. 185.
[759] Certamente, Ruy Barbosa já havia adiantado suas considerações, dado o trabalho extenuante que realizava. Durante uma visita de estudos à Casa Museu de Ruy Barbosa, localizada na Rua Clemente, no bairro de Botafogo, no Rio de Janeiro, o autor desta tese teve a oportunidade de constatar as instalações físicas onde Ruy Barbosa elaborou suas críticas ao novo Código Civil. A área era vasta e organizada com mobiliário que facilitava o trabalho nas diversas seções do código, demonstrando uma admirável organização física. A equipe que assessorou Ruy Barbosa acompanhou toda a redação do Código, possibilitando uma resposta pronta ao trabalho que lhe foi incumbido. A Casa Museu também revelava a abundância de bibliografia em diversos idiomas à disposição de Ruy em sua colossal biblioteca. Seu conhecimento de vários idiomas e o acesso a uma ampla gama de materiais bibliográficos contribuíram para o êxito de seu trabalho. Sua capacidade intelectual excepcional, combinando as atividades de advogado, tribuno, jornalista, jurista e político, destacava-se muito à frente de seu tempo. Observou-se que, logo atrás da mesa de trabalho de Rui Barbosa, havia um grupo de livros em idiomas estrangeiros, especialmente latim, alemão, italiano, francês, espanhol e inglês, que eram frequentemente consultados por Ruy. Isso revela que Ruy Barbosa raciocinava sobre o direito de maneira global, indo além das fronteiras nacionais, evidenciando seu método de trabalho meticuloso e abrangente.
[760] BRAGA, Fernando. **Da codificação à lei civil brasileira**... p. 185.

elogios quanto críticas. O Projeto foi encaminhado para correção linguística de Carneiro Ribeiro, que, em 14 dias, procedeu à revisão de aproximadamente 2000 artigos. Este estudo foi analisado por Ruy Barbosa, que impugnou o trabalho apresentando 524 objeções gramaticais, além de contestar 7 correções indevidas no raciocínio gramatical de Carneiro Ribeiro, que por sua vez, impugnou as razões de Ruy Barbosa.

Ruy Barbosa[761] novamente reagiu por meio de uma obra duradoura, intitulada "Réplica". Nessa obra, Barbosa analisou o texto a partir do contexto dos textos clássicos da história da literatura, atacando ponto a ponto as observações de Carneiro Ribeiro. Este último também publicou uma tréplica, resultando em uma extensa discussão filológica, marcando um dos debates mais prolongados na história da língua portuguesa no Brasil.

Após superar várias dificuldades, o Projeto foi finalmente votado, resultando na Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.[762] Sua conclusão ocorreu ainda no mesmo ano, chegando ao mundo jurídico quase um século após o início do processo e com a participação de inúmeros juristas.

Para referenciar o passado, é suficiente afirmar que as antigas tradições influenciaram as codificações. Na experiência romana, as leis foram difundidas para regular uma variedade de situações, considerando ainda que a expansão do Império Romano demandava normas conforme os costumes dos povos conquistados.

Com a consolidação da experiência ao longo dos tempos e o rico pluralismo jurídico, que envolveu diversas fontes normativas desde a Idade Média até a modernidade, chegou-se finalmente ao século das luzes e à fase denominada moderna das leis.

No século XVIII, ocorreu um significativo impasse na história jurídica europeia, destacando-se uma grande polêmica na Alemanha sobre a codificação das leis civis. Segundo Luiza Fernandes Carlos e Camila Oliveira Honorato Araújo,[763] Anton Friedrich Justus Thibaut, nascido em 1772 na cidade de Hameln e professor de Direito na Universidade de Heidelberg, publicou aos 42 anos a obra "Sobre a Necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha". Thibaut defendia

---

[761] BRAGA, Fernando. **Da codificação à lei civil brasileira**... p. 186.

[762] BRASIL. **Código Civil**. 1916. Disponível em: https://bit.ly/428pu2Z. Acesso em: 6 jun. 2023.

[763] CARLOS, Luiza Fernandes; ARAÚJO, Camila Oliveira Honorato de. A disputa Savigny-Thibaut sobre a necessidade de uma codificação para a Alemanha: o caminho histórico para o positivismo jurídico. **Revista Jus Navegandi**. Teresina, ano 24, n. 5.759, 8 abr. 2019. Disponível em: https//jus.com.br/artigos/72122. Acesso em: 18 jul. 2022.

que o fracionamento do direito nos Estados Germânicos tornava as relações jurídicas "demasiadamente inseguras, imprecisas e caóticas".

Thibaut[764] defendia a codificação, inspirado no exemplo do Código Napoleônico. Ele advogava por um sistema duradouro e de fácil compreensão, contrastando com Friedrich Karl Von Savigny, nascido em 1779 em Frankfurt an Main. Savigny respondeu à tese de Thibaut ao publicar, em 1814, a obra "Da Vocação de Nossa Época para a Legislação e a Ciência do Direito", expressando sua oposição às ideias de codificação para a Alemanha, que dominavam o debate intelectual da época. Savigny entendia que um sistema baseado em tradições, com legislações dispersas, era mais eficaz, levando em consideração a experiência do espírito nacional.

Segundo Godoy[765], Savigny acreditava que a concentração das leis em códigos poderia tornar o direito escrito rígido, levando a um descompasso com a realidade. Ele argumentava que a legislação avulsa poderia ser prontamente modificada, revogada ou acrescentada conforme o interesse do sistema legal. Desta forma, Savigny via o direito como um produto da vida social, não de uma abstração jurídica, e por isso não deveria ser fixado na forma de artigos de um código.

Ele argumentava que isso sufocaria sua fonte de criação e resultaria em uma quantificação inútil, sendo superado pela elaboração espontânea do povo. No final, os argumentos de Thibaut prevaleceram.

Godoy[766] faz referência a motivações políticas, filosóficas e instrumentais que se evidenciam ao longo do processo de discussões sobre a codificação do Direito. No aspecto político, a codificação atenderia a projetos de centralização. Do ponto de vista filosófico, buscava-se demonstrar que o direito positivo seria uma construção normativa dos valores do direito natural. Instrumentalmente, a codificação seria indicativa de segurança jurídica e certeza na aplicação do direito.

Nesse sentido, explica o autor[767] que, na concepção contemporânea de Código, associada a padrões do Iluminismo, são incorporados mecanismos para enfrentar o problema da dispersão das fontes do direito. O código busca abranger uma totalidade temática, disciplinando-a como sistema. Isso permite a busca pela

---

[764] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Da codificação, crônica de um conceito, de Fábio Siebeneichler de Andrade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, v. 24, ano 7, p. 371-373, 2020.
[765] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Da codificação, crônica de um conceito**...
[766] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Da codificação, crônica de um conceito**...
[767] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Da codificação, crônica de um conceito**...

"coerência do ordenamento jurídico, preenchendo lacunas, solucionando antinomias, facilitando o acesso às normas e assegurando a unidade e a segurança do direito".

Na polêmica entre Savigny e Thibaut, a tese da codificação saiu vencedora com a promulgação do Código em 1900. A intensa disputa sobre a necessidade de uma codificação na Alemanha para regular a vida civil não apenas enriqueceu o debate jurídico, mas também revelou um confronto ideológico mais amplo entre o racionalismo iluminista e o historicismo característico do romantismo alemão. Essa controvérsia refletia, na verdade, desacordos profundos relacionados ao direito romano.

Quando Paolo Grossi[768] se refere ao papel mítico do código e o relaciona ao Iluminismo, ele aborda essa fase mítica pela qual a Europa passou, projetando seus reflexos sobre o Brasil. Na época da elaboração do Código Civil brasileiro, o país era fortemente influenciado pela cultura francesa.

Além disso, a classe jurídica brasileira era impactada significativamente pela doutrina civilista alemã, que acabou até moldando o próprio Direito Constitucional, como evidenciado na extensa obra de Pontes de Miranda, composta por mais de 50 volumes sobre Direito Privado. Esses conceitos exerceram uma forte influência no Direito Constitucional brasileiro, contribuindo para o constitucionalismo nacional. Isso é destacado por Godoy.[769]

> Quanto à "aos processos de descodificação" a fase da crise dos códigos, "cujos temas são capturados pela ascensão do direito público, mais especificamente pela constitucionalização do direito privado", faz alusão ao desenvolvimento de microssistemas normativos, defendendo a função harmonizadora dos códigos, que afinal representam uma categoria normativa "altamente representativa que por estar associada ao princípio da continuidade sempre estará a coordenar o direito privado.

Como afirmado por Nicodemos,[770] os processos de sistematização do direito ocorreram em diversas fases da história, intensificando-se especialmente no século XIX. Essa intensificação era considerada vantajosa, mais didática e permitia a extração mais fácil dos valores sociais embutidos nas normas. Nicodemos destaca que a codificação[771] possibilitava "uma simplificação do direito e sua melhor compreensão, certeza e estabilidade, de maneira muito mais prática, em

---

768 GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução: Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 72.
769 GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**... p. 72.
770 NICODEMOS, Erika Cassandra de. **Codificação e descodificação**: o direito civil e o Código Civil de 2002. Disponível em: https://bit.ly/47NJWXZ. Acesso em: 10 jul. 2022.
771 NICODEMOS, Erika Cassandra de. **Codificação e descodificação**...

comparação com outros sistemas, como o direito de outros Estados soberanos".

Nicodemos[772] explica que a base dessa codificação eram os "critérios científicos do iluminismo e jus racionalismo". Por meio desses critérios, as leis deixaram de ser dispersas e desconexas, passando a compor um conjunto de normas jurídicas reunidas em um corpo unitário e homogêneo.

Nicodemos[773] ressalta que, como desvantagens, a codificação revelava a inflexibilidade do direito diante da evolução social. Isso não isenta de críticas os códigos da época, incluindo o próprio Código Napoleônico. Ele argumenta que o individualismo, a autonomia da vontade, o contrato individual e a consagração dos princípios da liberdade e igualdade configuram um perfil de um direito de caráter "egoístico e individualista", afastado da necessidade de partilha, fraternidade e solidariedade previstos como valores constitucionais.

A codificação no direito na idade contemporânea apresenta novos desafios, uma vez que suas características formais e materiais já não possuem a clareza e nitidez necessárias, além de não atenderem plenamente à realidade e às exigências sociais em uma sociedade hipercomplexa. Pode até mesmo expressar um fator de perpetuação do centralismo estatal e exclusivista, contrapondo-se à noção inclusiva e democrática do pluralismo jurídico.

A concretude dos sujeitos históricos, que se revela de forma clara, não permite mais a distinção teórica ou uma ideia abstrata de igualdade diante de situações muito específicas previstas na lei para a proteção de grupos, como o Estatuto do Índio, da Criança, do Idoso, da Igualdade Racial, o Estatuto da Terra, o Estatuto das Cidades, entre outros. Essas especificidades de cada grupo contradizem a ideia de um código cuja natureza é, justamente, a homogeneidade e o tratamento teoricamente igualitários de todos os grupos.

Ocorre que, se os grupos são tão distintos entre si, a ideia de uma ordem social e de uma maior segurança perde o sentido. Isso porque a segurança e a ordem não podem ser compreendidas da mesma forma numa sociedade marcada por tantas diferenças e tantas especificidades subjetivas. Ao contrário do passado, onde havia uma indistinção dos sujeitos ao mando das respectivas ordens jurídicas, torna-se uma missão impossível para os códigos, que por natureza uniformizam, regular situações tão díspares sob os mais variados aspectos.

---

[772] NICODEMOS, Erika Cassandra de. **Codificação e descodificação**...
[773] NICODEMOS, Erika Cassandra de. **Codificação e descodificação**...

Com as novas leis especiais, criadas para atender às peculiaridades de cada grupo ou para regulamentar de forma mais adequada determinada matéria, os códigos civis estão sendo esvaziados e desvirtuados como a principal fonte reguladora das relações privadas. Isso tem gerado um pluralismo jurídico, com a coexistência de diversas fontes legais que regulam as mais diversas situações.

Assim como ocorreu em relação aos direitos de tutela coletiva, criando uma espécie de microssistema normativo que engloba o Código do Consumidor, a Ação Civil Pública, ou ainda no direito penal processual, criando uma espécie de micro tutela de direitos que incorpora diversos mecanismos de processo penal.

A quebra de um dos postulados básicos da persecução penal era a absoluta indisponibilidade da ação penal por parte do Ministério Público. No entanto, já existiam normas que, de certa forma, flexibilizavam esse rigor há muito tempo. Somadas às novas modalidades processuais, essas normas permitem arranjos institucionais com viés pluralista, visando à pacificação social. Destacam-se institutos processuais como a suspensão condicional da pena, suspensão do processo e a possibilidade de transigir com a ação penal.

Quando combinados e conduzidos sob critérios balizadores de política criminal, esses instrumentos tornam-se estratégias processuais envolvendo leis e procedimentos, inclusive de ordem administrativa, e combinações de estratégias legislativas. Essas abordagens são mais ágeis e apropriadas para alcançar as finalidades apontadas pela própria lei.

Observe-se que os microssistemas de tutela coletiva operam por meio de seus próprios valores e métodos de interpretação. Desta forma, há uma lógica sistêmica, por exemplo, entre o Estatuto da Terra e outros dispositivos legais que protegem determinados setores da sociedade, como os sócios, os inquilinos, os autores, os consumidores, sem mencionar as normas eleitorais.

Todas essas normas são elencadas no plano interno, mas há complicações adicionais nessa concepção. Existem muitas outras áreas do direito, como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que traz um emaranhado de normas totalmente diversas da lógica e racionalidade própria das normas domésticas.

A tecnologia densificou o direito civil, criando direitos e formas de expressá-los, indicando a finitude do sistema codificado para o direito. Houve uma inquestionável ampliação do âmbito temático no direito civil, limitando a capacidade

dos códigos de preverem todas essas situações. Isso torna a sistemática da codificação incompleta e desatualizada, afastando ainda mais os jurisdicionados de sua finalidade, que é o acesso à justiça.

O novo Código Civil[774] brasileiro é uma expressão eloquente das ideias acima, sendo um texto que chegou já defasado em muitas partes. Isso ocorre também em face do fato de que os magistrados são cada vez mais compelidos a decidirem de acordo com o caso concreto e não mais com base em textos expressos de normas jurídicas, em virtude da natureza do sistema jurídico brasileiro.

A abordagem agora é diferente, seguindo uma perspectiva dialética, partindo do caso concreto para o problema. Não se utiliza mais o velho método do silogismo da mera subsunção fato-norma, o que não é mais admitido. A essência da lei, os princípios e regras, bem como os próprios princípios interpretativos, tudo isso alterou o processo de aplicação das leis e, naturalmente, o modelo de exegese jurídica.

Pelo método clássico, partia-se da lei e aplicava-se um raciocínio lógico-dedutivo para sua aplicação. O paradigma, sem dúvida, era a lei. Na atualidade, a interpretação não é mais concebida como mera forma de declaração do direito, mas sim como uma forma constitutiva. O raciocínio passa, assim, a ser dialético, partindo do caso concreto para o problema, caracterizando o pensamento problemático.

A existência de um direito negociado, não no sentido de ser negocial, mas sim negociado, com processos de arbitragem, sistemas de negociação, a queda do dogma da indisponibilidade absoluta da ação penal e as demandas estruturais, tudo isso gera uma dinâmica diferente. Nesse cenário, as próprias partes compõem seus interesses e direitos sem que isso ocorra sob o crivo do princípio da hierarquia e controle judicial.

As demandas estruturais, por exemplo, permitem que o Judiciário se retire do cenário jurídico, abrindo expressamente espaço para as partes. Isso representa uma novidade desconcertante na prática jurídica. Tudo isso demonstra que a questão da codificação do Processo Constitucional envolve uma diversidade de considerações, pois a lógica da codificação já se mostra em desvantagem temporal diante de todos esses avanços do direito. Essas questões precisam ser equacionadas no conjunto total dos prós e contras quando se trata da codificação da

[774] BRASIL. **Código Civil**. 1916. Disponível em: https://bit.ly/428pu2Z. Acesso em: 6 jun. 2023.

própria jurisdição constitucional.

Demandas multipolares caracterizam litígios essencialmente coletivos, de natureza estrutural nos termos da moderna doutrina processual. A despeito de tais demandas serem chamadas de "Processos Estruturais", Edilson Vitorelli[775] afirma que "o processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, originando um litígio estrutural".

Vitorelli afirma que o processo estrutural tem como fases de desenvolvimento elementos como a apreensão das características do litígio em toda a sua complexidade e conflitualidade, permitindo que os diferentes grupos de interesse sejam ouvidos, em respeito ao caráter policêntrico do litígio. Além disso, inclui a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura e a implementação desse plano, seja de modo compulsório ou negociado.

Encerrada tal fase, ocorre uma avaliação dos resultados da implementação, garantindo o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura. Em seguida, há a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos. Por fim, acontece a implementação do plano revisto, reiniciando o ciclo, o qual se perpetua até que o litígio seja solucionado, obtendo o resultado social considerado apropriado, dadas as circunstâncias do conflito, a partir da reorganização da estrutura.

Assim, conclui-se que o litígio estrutural é altamente complexo na sua condução e na operacionalização das decisões, especialmente para cumprimento e implementação de políticas públicas. Se projetarmos aspectos do Processo Constitucional para o Processo Estruturante, chegamos a uma complexidade inédita na estrutura processual constitucional.

Assim como apontado por Paolo Grossi[776], mesmo existindo a hipótese de uma lei paralela dos indivíduos, o Código permanecia incrustado no mecanismo judicial de dimensão autoritária que opera não sobre os conteúdos normativos, mas sim sobre "a exigência centralizadora do Estado monoclasse, no seu consequente

---

[775] VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural:** teoria e prática. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 69.

[776] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução: Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 72.

panlegalismo".[777]

O fator imputador da respeitabilidade estaria no mito do legislador, que, ao agir como um "Zeus fulminante do Olimpo, onisciente e onipotente no momento da produção do direito, revela o seu poder e sua vontade". Isso gera uma separação entre o Código e a sociedade civil. As raízes jusnaturalistas do Código fazem com que a "legolatria iluminista" paralise o direito no momento da produção.

Paolo Grossi[778] explica que a norma inserida num sistema passou a ser a única referência, causando uma separação entre produção e aplicação do direito, entre a vida e um comando que se fecha em si mesmo. Apesar do seu texto, gera uma abstração que se volta contra o próprio texto.

Grossi[779] assenta que as bases de sustentação do ordenamento jurídico imaginado por Hans Kelsen se identificam na norma, a qual só é considerada no complexo de sua racionalização formal. Dessa forma, a atraente proposta de Kelsen de uma "Doutrina jurídica pura" acabou se resumindo a "um castelo de forma, em uma harmonia abstrata de linhas, ângulos, círculos, em uma geometria que deveria extrair força de si mesma, mas que tinha a sua origem no nada e no nada se fundamentava".

Paolo Grossi[780] trabalha com um vocabulário teológico literalmente mítico ao se referir ao positivismo e aos seus códigos de legalidade, usando expressões como "revelação" e "vontade suprema" da lei. Ele assinala que isso expressa uma mentalidade iluminista que acabou calando nas profundezas da alma do jurista europeu continental e ali jaz intacta, seguramente revestindo o subconsciente plenamente aceitável, perdura e é hostil a toda formulação interpretativa que não seja a autêntica.

Vislumbra-se, portanto, que há outras possibilidades de uma compreensão pluralista de certas situações, limitadas pelo monismo estatal. Isso inclui a percepção dos direitos em um plano interno e externo simultaneamente, como ao buscar, por exemplo, as fontes do direito em Tratados internacionais, jurisprudência das Cortes Internacionais, jurisprudência do sistema global e regional de direitos humanos. Tudo isso quebra a unicidade do monismo estatal da mesma forma que a aplicação de outras fontes internas, aliás, ganha mais poder ainda quando se está

---

[777] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**... p. 72.
[778] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**... p. 72-73.
[779] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**... p. 72.
[780] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**... p. 72.

tratando de jurisdições interestatais.

Imagine, a título de ilustração, que em determinada situação jurídica que envolva o risco iminente de morte de reclusos em uma penitenciária, as autoridades judiciárias alegam não ter o que fazer diante das circunstâncias de fato, impossibilidades materiais ou qualquer outra justificativa, inclusive uma interpretação rasa da Lei de Execuções Penais.

O impacto que teria no desenrolar de uma ação interna ao comunicar ao Estado brasileiro a concessão de uma tutela de urgência/medida liminar deferida no plano internacional em cautelar ajuizada junto ao sistema interamericano de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) seria significativo.

E, de fato, assim ocorreu no caso da Penitenciária "Urso Branco" no Estado de Rondônia, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA determinou em Resolução Medidas Provisórias,[781] em 2002, que posteriormente se converteu no Relatório de Admissibilidade de Caso nº 81/2006, de 21 de outubro de 2006 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA,[782] a serem tomadas com a devida urgência para salvaguardar a vida dos detentos. Dentre essas medidas, ficou determinado:

> RESOLVE: 1. Requerer ao Estado que adote todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas recluídas na Penitenciária Urso Branco, sendo uma delas a apreensão das armas que se encontram em poder dos internos.
> 2. Requerer ao Estado que investigue os acontecimentos que motivam a adoção destas medidas provisórias com o objetivo de identificar aos responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes.
> 3. Requerer ao Estado que, dentro do prazo de 15 dias contando a partir da notificação da presente Resolução, informe à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas que tenha adotado em cumprimento da mesma e apresente uma lista completa de todas as pessoas que se encontram recluídas na Penitenciária Urso Branco; e ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a dito relatório dentro do prazo de 15 dias a partir de seu recebimento.
> 4. Requerer ao Estado que continue informando à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cada dois meses, sobre as medidas provisórias adotadas e que apresente listas atualizadas de todas as pessoas que se encontram recluídas na Penitenciária Urso Branco, de maneira que se identifique as que sejam postas em liberdade e as que ingressem a dito centro penal; e ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a ditos relatórios dentro do prazo de dois meses a partir de seu recebimento.

Observe-se que essa não foi uma estratégia decidida nos estreitos limites da

[781] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da penitenciária Urso Branco**. Resolução de 18 de junho de 2002. Disponível em: https://bit.ly/4baq9F5. Acesso em: 6 jun. 2023, p. 7.

[782] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da penitenciária**..

Lei de Execuções Penais, outra norma infraconstitucional, ou ainda restrita pelo Código de Processo Penal ou qualquer outra legislação esparsa. Foi uma abordagem de buscar fora dos procedimentos ordinários uma solução que fosse simultaneamente eficiente e dotada de poder, mesmo que não decorrente de uma simplificação legal.

Há outros exemplos. Na discussão sobre se a aposentadoria seria ou não causa de extinção do contrato de trabalho, e consequentemente se o trabalhador aposentado que continuava a trabalhar receberia ou não os 40% sobre o Fundo de Garantia sobre o Tempo de Serviço, a quase unanimidade dos advogados trabalhistas levava seus processos até a instância do Tribunal Superior do Trabalho. No entanto, muitos perdiam as ações, pois, por uma diferença de apenas 1 voto, a jurisprudência era contrária aos empregados, sendo esse um assunto sumulado.

Processualmente, não havia solução: julgava-se e perdia-se. Até que alguém teve a ideia de recorrer ao Supremo Tribunal Federal pela via da Reclamação Constitucional, levando o caso até aquele Tribunal. Alegava-se que se tratava de uma violação ao artigo 7º da Constituição, que vedava a dispensa sem justa causa, indicando assim uma forma arbitrária de dispensa que era ofensiva à Constituição. O argumento em si não era novidade, mas a estratégia inovadora consistia em tentar modificar decisões do Tribunal Superior do Trabalho por meio do ajuizamento de uma Reclamação Constitucional junto ao Supremo Tribunal Federal.

A estratégia deu certo, e a decisão do Tribunal Trabalhista teve de ceder. A partir desse ponto, abriu-se outro caminho que não era o ordinário seguido pela quase totalidade dos advogados trabalhistas, que geralmente não consideravam estratégias constitucionais junto ao Supremo Tribunal Federal. Essa é outra situação em que se buscou, fora das limitações processuais convencionais, outros caminhos. Isso representa mais uma expressão de pluralismo jurídico, pois procurou-se, em outra fonte e sob outra roupagem jurídica, alcançar a mesma finalidade.

A abertura para a noção de pluralismo de fontes, ao mesmo tempo que confirma a trilha de uma concepção procedimental do Processo Constitucional, alarga os fundamentos de um direito para muito além da restrita Teoria Geral do Processo de bases estatais monistas. Esta última não é apta a adequar-se às estruturas próprias do paradigma do Estado Democrático de Direito, pois sequer considera vias extraestatais no plano global ou regional, que incluem jurisdições de proteção de direitos. Essa abordagem é totalmente refratária aos avanços,

incrementos e transformações de uma hermenêutica pluralista constitucionalmente adequada às estruturas de racionalidade de um Estado Democrático de Direito, capaz de operar com conceitos como pluralismo, subsidiariedade, proporcionalidade, razoabilidade, substancialidade de direitos etc.

A partir destes enfoques, é possível traçar um paralelo das manifestações do pluralismo no plano global e local. Mikhail Antonov,[783] ao relacionar pluralismo e globalização, assenta que a ideia de globalização é relativamente imprecisa, podendo abarcar uma grande variedade de fenômenos modernos.

Ele destaca que se abusa das palavras para demonstrar mudanças que parecem radicais, mas não o são. Assim, crescem as concepções vulgares, que aparentam dizer novas coisas nas ciências jurídicas, mas que na verdade apenas conseguem acrescentar novos termos carregados de inúmeras conotações às antigas realidades, como se faz em face do termo “pluralismo jurídico global”, um rótulo recente para generalizar algumas tendências na civilização contemporânea.

Segundo este autor, os termos "globalização", "pluralismo" e "sustentabilidade" são colocados juntos para descrever as novas realidades do mundo em transformação de uma perspectiva totalmente nova. A descrição do direito que não se aplica somente aos Estados nacionais tornou-se obsoleta diante de realidades designadas como "globais", as quais exigem a reconstrução do vocabulário tradicional da ciência jurídica.

Nesse contexto, a abordagem pluralista e global do direito, conforme descrita por Mikhail Antonov,[784] revela dificuldades, inclusive no nível da atribuição de termos e noções para o conjunto de fatos que não tem qualquer explicação satisfatória na doutrina jurídica monista do Estado. O surgimento de sociedades modernas trouxe consigo desafios que demandam uma compreensão mais ampla e flexível do direito.

De acordo com Mikhail Antonov,[785] embora termos como *lex mercatoria* e ordens jurídicas não estatais sejam conhecidos há muito tempo, as expressões "pluralismo jurídico" ou "globalização" não trazem nada de extraordinário ou novo. A principal característica da expressão "globalização jurídica" reside na tendência à

---

[783] ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. Tradução: Luciana de Andrade Amoroso Remer. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 26, n. 1, p. 239, jan./abr. 2021. Acesso em: https://bit.ly/499jQQv. Disponível em: 12 jun. 2023.
[784] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 240.
[785] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 241.

privatização do que é juridicamente público. O direito deixa de ser exclusivamente a vontade do Estado para tornar-se resultado de contratos entre indivíduos, mesmo que esses "indivíduos" sejam grandes companhias multinacionais. Esse fenômeno indica uma transformação na natureza e nas fontes do direito.

De fato, Antonov pode não considerar a ascensão das grandes corporações e instituições transnacionais como algo totalmente novo, mas é inegável que o protagonismo dessas entidades assumiu uma importância global significativa, muitas vezes sobrepujando as fronteiras nacionais. A influência e a movimentação financeira dessas empresas frequentemente superam as receitas de diversos países, destacando uma mudança no equilíbrio de poder e influência no cenário global.

Antonov[786] destaca um ponto importante ao reconhecer os desafios enfrentados pelo monopólio estatal na administração do direito, indicando que essa situação implica na perda de parte da soberania estatal.

A ascensão do direito supranacional e transnacional, juntamente com a participação em estruturas plurais ou mistas, desafia a concepção tradicional de soberania baseada na exclusividade jurisdicional. Essa mudança reflete a necessidade de adaptação às realidades da economia globalizada, onde formas plurais de soberania emergem como prioritárias.

A análise de Mikhail Antonov[787] sobre o crescimento do poder dos agentes não estatais destaca a criação de novas fontes do direito em um contexto globalizado. O termo "globalização" é empregado para expressar a crescente interconexão e interdependência entre todos os países e sociedades do mundo, influenciando áreas como comércio internacional, fluxo de capital e, notavelmente, o direito. A *lex mercatoria* é citada como um exemplo desse fenômeno, regulando o comércio internacional sem a intervenção direta de governos nacionais ou instituições públicas internacionais.

Nesse contexto, operam os atores de direito privado como protagonistas no sistema, dando origem a novas formas de *soft law*. Essa categoria de direito é caracterizada por uma menor ênfase na coerção em comparação ao direito estatal. Em vez disso, esse novo tipo de direito atua como um meio de conectar estruturalmente os processos sociais. Envolve ordenamentos de direito privado,

[786] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 243.
[787] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 243.

normas, procedimentos de arbitragem internacional e padrões produzidos por organizações como a Organização Mundial do Comércio (OMC).[788]

Essas mudanças radicais associadas à 'globalização' exercem uma influência significativa no campo do direito na modernidade. Elas contribuem para a transformação de muitos institutos jurídicos, promovendo o surgimento de novas formas de adjudicação, alterando as funções clássicas do direito e gerando outras mudanças importantes na esfera jurídica. Nesse contexto, o termo 'globalização' é utilizado para reafirmar a verdade antiga e ao mesmo tempo fundamental sobre a interconexão entre direito e economia.

Mikhail Antonov[789] afirma que 'globalização' e 'sustentabilidade' indicam simultaneamente que as origens primitivas das disfunções ecológicas humanas devem ser alvo de controle consciente do destino coletivo da humanidade. Antonov[790] destaca que a ideia de que a cultura determina alterações no direito, ou na sociedade, ou em qualquer aspecto do mundo humano, seria uma banalidade sem qualquer força explicativa, mesmo que os elementos envolvidos fossem extremamente amplos, como no raciocínio jurídico ou na argumentação jurídica.

Antonov[791] destaca que, ao contrário do termo 'globalização', que é puramente descritivo, o 'pluralismo jurídico' não busca originalidade e exclusividade para as sociedades contemporâneas. O termo 'pluralismo jurídico' possui uma longa história e uma doutrina profundamente elaborada por trás dele. Ao aceitar a permutabilidade dos termos 'pluralismo jurídico' e 'globalização do direito', juntamente com os fenômenos que esses termos representam, abre-se espaço para uma nova discussão substancial sobre as realidades jurídicas contemporâneas.[792]

O termo "pluralismo jurídico"[793] está geralmente associado à ideia de que o Estado detém o monopólio legislativo, e juntamente com o Estado de direito, existem fontes alternativas de direito na sociedade. Segundo Franz Benda-Beckmann, o pluralismo jurídico implica na "possibilidade teórica de mais de um ordenamento jurídico inserido em um espaço sociopolítico, baseado nas diferentes fontes de verdadeira validação e manutenção pelas formas de organização que

---

[788] WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Disponível em: https://www.wto.org/. Acesso em: 13 jun. 2023.
[789] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 244.
[790] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 249.
[791] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 251.
[792] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 251.
[793] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 251.

não o Estado.

Mikhail Antonov[794] afirma que o direito não estatal não é uma característica exclusiva do direito moderno; já era conhecido na Europa Medieval e em outras partes do mundo em diferentes épocas. A distinção das características do pluralismo jurídico deve ser buscada em outra instância. Até mesmo muitos desafios do direito associados à globalização assemelham-se às particularidades do ordenamento jurídico não estatal estudado pelos pluralistas jurídicos.

Conforme destacam Paolo Grossi, Maurizio Fioravanti e Menelick de Carvalho Netto, na Idade Média, existia uma pluralidade de centros de poder, cada um irradiando uma variedade de normas jurídicas sobre seus jurisdicionados. Somente com o tempo, ocorreu uma unificação e centralização do poder político e normativo, resultando na centralidade total do Estado.

Este, que inicialmente era multifacetado, transformou-se em um bloco monolítico politicamente e juridicamente, criando a impressão de que lei, Estado e Direito eram todas dimensões unificadas em um único sentido e densidade, o que não correspondia à realidade desde o início.

Paolo Grossi[795] destaca que houve uma rica experiência pluralística em toda a Europa entre os séculos V e XV. Esse período é caracterizado pela existência de diversos ordenamentos jurídicos que operavam sem depender do Estado para seu funcionamento. Após a derrocada da estrutura do Império Romano, surgiu um vazio político que foi preenchido pela própria sociedade, dando origem a uma variedade de sistemas jurídicos autônomos.

Na Idade Média, observa-se uma característica marcante: a espontaneidade do direito, que emana não apenas do poder do príncipe, mas também da própria sociedade. Essa época é marcada por uma rica experiência jurídica com a coexistência de múltiplos ordenamentos jurídicos, onde a normatividade não se limitava ao poder central do Estado, mas emergia organicamente da própria comunidade.

Contudo, mesmo no contexto do Império Romano, já se observava a coexistência de diversos ordenamentos jurídicos. Um exemplo notório é o julgamento de Jesus, no qual sua condenação resultou de uma interpretação

---

[794] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 251.

[795] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval.** Tradução: Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 44.

conjunta das normas jurídicas romanas e judaicas. A combinação dessas duas fontes jurídicas autorizou legalmente a sentença de morte para Jesus.

No entanto, o conflito entre as duas ordens jurídicas era evidente, com vários agentes políticos detendo poder jurisdicional, como o governador romano, o rei na província judaica, os sumos sacerdotes e uma legislação própria. Essa complexidade revela a presença de múltiplos ordenamentos jurídicos naquela época.

Ao comentar o drama do processo e da condenação de Jesus, Nodari[796] afirma que as razões fundamentais da condenação são claras. O reino de Deus defendido por Jesus ameaçava simultaneamente a estrutura de poder de Roma e o sistema judaico do templo. De um lado, as autoridades judaicas, representadas por Caifás e seus servos, reagem a Jesus, condenando-o em nome dos interesses do templo e alegadamente em nome de "Deus".

O mesmo se dá com a autoridade romana na pessoa do Governador da Província da Judeia, Pôncio Pilatos, o qual está à frente dos interesses do Império, Pilatos protege os interesses de Roma. Ao passo que o Deus de Jesus se preocupa com os simples e humildes, os deuses do Império "protegem" a *pax romana, mas daí surge uma incompatibilidade de interesses, não se pode* ao mesmo tempo, ser amigo de Jesus e de César, não se pode servir a Deus do reino e aos deuses estatais de Roma. Assim, as autoridades judaicas e o Governador romano movimentam-se para assegurar a "ordem e a segurança" jurídica.

Naquele momento, convergem duas ordens jurídicas: a romana e a judaica, ambas com jurisdição e poderes de sanção. No entanto, apenas a jurisdição romana tinha a autoridade para determinar a pena capital. Assim, a decisão de matar Jesus emerge da interseção de dois sistemas legais, visando preservar a paz social.

Analogamente, assim como as linhas de espinhos se entrelaçavam para a coroação de um inocente torturado, as normas jurídicas dos dois sistemas se entrelaçam para respaldar uma decisão já tomada: a condenação à morte de um inocente.

Este é um dos exemplos mais marcantes de como Roma operava ao permitir a coexistência de normas de diferentes ordens jurídicas. Isso representava

---

[796] NODARI, Paulo César. O sentido da condenação e morte de Jesus. **Vida Pastoral**, ano 55, nº 295, mar.-abr. 2014. Disponível em: https://bit.ly/3HBRAtK. Acesso em: 13 jun. 2023.

a maneira mais eficaz de legitimar as decisões de poder, mesmo que fosse necessário impô-las a qualquer custo em prol dos melhores interesses do Império.

Mikhail Antonov[797] destaca a coexistência do Estado de direito e do direito social, ressaltando a ausência de uma hierarquia única de leis que poderia determinar a superioridade entre ordenamentos jurídicos concorrentes. Ao seguir a abordagem de John Griffiths, Antonov[798] argumenta que seria estritamente necessário até mesmo abandonar a ideia de separar o direito da moral.

Seria desafiador compreender o pluralismo jurídico ao tolerar apenas um sistema normativo para a regulação social, dado que existem diversas ordens normativas concorrentes. Nesse contexto, o pluralismo jurídico pode ser considerado como um equivalente ao pluralismo normativo inerente à sociedade, no qual não há uma distinção clara entre as diferentes ordens normativas.

Antonov[799] destaca objeções a uma descrição simplificada da realidade jurídica que reduz o direito oficial ao direito estatal. Essa descrição pressupõe que o direito do Estado é necessariamente coeso e integrado, o que nem sempre é o caso. Mesmo o direito estatal pode ser percebido em termos de policentrismo, deixando espaço considerável para o que Antonov chama de "direito oficial". Esse último engloba normalmente ordens legais de empresas transnacionais, escritórios de advocacia, clubes, igrejas e entidades políticas.

Neste ponto, Antonov exemplifica um mundo que transcende fronteiras e entidades, dando origem a diversas relações jurídicas que claramente ultrapassam suas nacionalidades. Essas relações geram normatividade, implicando em ordenamentos que se situam acima dos Estados Nacionais e adquirem caráter globalizado.

Podem ser citadas as normas internacionais relacionadas ao futebol, que são corporificadas na normatividade imposta pela Federação Internacional de Futebol (Fifa). Além disso, as regras de comércio, mencionadas anteriormente, e as normas sobre matrimônio emanadas da Igreja Católica são exemplos adicionais. Estas últimas são impostas a todos os católicos, independentemente das regras jurídicas estatais aplicadas de forma concorrente em diferentes países.

Destaca-se, no entanto, certas flexibilizações em situações bastante

---

[797] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 251.
[798] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 253.
[799] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 253.

específicas. Um exemplo é a prática da poligamia em algumas localidades da África. No âmbito da Igreja, também se observam normas que emanam de certos estatutos privados de empresas multinacionais ou transnacionais, vinculando todos os seus empregados. Um exemplo notável é a determinação do Departamento de Estado dos Estados Unidos, que proíbe qualquer integrante do governo ou empresa norte-americana de oferecer propinas para facilitar negócios no exterior.[800]

Antonov[801] afirma que, apesar das argumentações em torno do pluralismo jurídico serem problemáticas devido à dificuldade de especificar com certeza o que constitui o direito genuinamente "social", puramente "não oficial", e como contrastá-lo com o direito estatal, não se pode negar que o direito transcende a vontade do Estado e as formas escolhidas para expressar essa vontade, em termos jurídicos.

Antonov[802] observa que o pluralismo apresenta as sociedades humanas como "entidades auto-organizadas capazes de produzir suas próprias normas autônomas, independentes da vontade e da discricionariedade dos indivíduos particulares". Ele argumenta que os fenômenos resumidos sob o título de pluralismo jurídico não têm originalidade histórica ou social, na sua perspectiva.

Para esse autor,[803] o pluralismo jurídico não revela novos direitos sociais ou regularidades. Ele argumenta que não fornece um esquema explicativo completamente novo, apenas altera as palavras do esquema antigo. Os desafios da globalização, segundo ele, são apenas relativamente novos. No entanto, a análise desse tema assegura que o problema do pluralismo jurídico e a questão da globalização não são desprovidos de interesse científico. As discussões sobre o tema podem efetivamente contribuir para o progresso do conhecimento social.

Antonov[804] destaca que não seria razoável esperar que a substituição de termos e dados factuais resultasse em um conhecimento inovador sobre a inter-relação entre direito e sociedade.

---

[800] NIELSEN, Thiago Henrique. **A Lei Anticorrupção Americana**: os aspectos mais relevantes. 31 ago. 2020. Disponível em: https://studioestrategia.com.br/2020/08/31/lei-anticorrupcao-americana/. Acesso em: 13 jun. 2023.
[801] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 254.
[802] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 256.
[803] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 257.
[804] ANTONOV, Mikhail. **Em busca do pluralismo jurídico global**... p. 257.

Apesar das análises desse autor, a globalização e o pluralismo assumem características muito distintas do passado. As dimensões do poder paralelo ao Estado tornaram-se imensas, com grupos econômicos detendo influências superiores a diversas nacionalidades de um continente combinadas. O poder de moldar costumes, forjar valores, determinar modas e influenciar padrões de consumo é inegável. Como exemplo, menciona-se a fabricante do medicamento Ozempic, utilizado para o tratamento de diabetes.

A empresa fabricante do medicamento semaglutida, comercializado com o nome comercial de "Ozempic", possui um valor de mercado de US$ 410 bilhões, uma cifra superior ao Produto Interno Bruto anual da Dinamarca, que foi em torno de US$ 400 bilhões em 2023. O medicamento é produzido na Dinamarca. Economistas desse país expressam preocupações em relação à considerável dependência da economia nacional de uma única empresa de tal magnitude econômica, levando em consideração o ocorrido na Finlândia. No país vizinho, a Nokia, fabricante de celulares, dominou o mercado finlandês.

A Nokia chegou a faturar o equivalente a 25% de toda a arrecadação de impostos da Finlândia, o que representava 4% do Produto Interno Bruto (PIB) daquele país. Contudo, nos anos 2000, com a entrada de produtos concorrentes, como o iPhone da Apple, houve uma mudança significativa nesse cenário econômico. Isso comprometeu seriamente a economia finlandesa ao longo da década de 2010, com o desabamento dos lucros da Nokia.

Isso evidencia o risco sistêmico sem precedentes nas economias dos países, assim como o descomunal poder financeiro e a influência abrangente em todos os setores da nação. Ambos são fatores de grande perigo para os regimes democráticos.

Em certas circunstâncias, os parlamentos dos países têm pouca ou nenhuma capacidade de enfrentar o poder avassalador daqueles que detêm o controle da informação e da tecnologia, elementos determinantes no mundo atual, sem mencionar o poder econômico. Basta uma simples palavra, uma simples sinalização para potencialmente desencadear a destruição de economias inteiras.

Antonov não enfatizou adequadamente que a globalização, aliada aos diversos sistemas normativos que operam paralelamente aos Estados, pode possuir um poder maior do que nações inteiras. Soberanias, tradições, blocos econômicos e até mesmo decisões relacionadas à guerra e paz podem ser facilmente subjugados

diante do poder desmedido que corporações industriais e financeiras exercem sobre algumas regiões do mundo, assim como sobre a influência que exercem sobre as grandes e poderosas nações.

Gunther Teubner,[805] em seu artigo denominado “Pluralismo Jurídico na Sociedade Mundial”, adverte que a normatividade que opera paralelamente aos centros de poder estatais, em escala global, vai além da mera dimensão econômica. Essa influência afeta os mais diversos níveis da sociedade em escala mundial, à medida que desenvolvem seu próprio direito global pluralístico, normatizando setores específicos de forma paralela e, pode-se dizer, ultrapassando até mesmo a esfera do Estado em certos setores.

Johann Wolfgang Goethe[806] utiliza o termo “Bukowina global”, fazendo referência a obra de Eugen Ehrlich que, em 1912, trouxe à luz a obra “O direito vivo dos povos em Bukowina”, na qual descreve um conceito e desenvolve uma metodologia originais sobre a forma como uma remota aldeia do sudeste europeu convivia em torno de suas concepções de vida tão diversas. Havia vários grupos étnicos como os armênios, alemães, ciganos, judeus, húngaros, romenos, russos, poloneses e outros.

Como é natural, era necessário que se observassem algum tipo de regra de convivência. O curioso é que todos viviam e conviviam criando ou mantendo suas próprias regras, não importando as normas oficiais emanadas do Estado, pois edificaram, de forma harmônica, uma espécie de “aldeia global”, constituída por uma “sociedade civil” tudo no contexto da existência oficial de normas do Império Austro-Húngaro.

Ehrlich[807] relata que as comunidades desenvolviam suas próprias regras de convivência sem a necessidade de recorrer às leis formais austro-húngaras. Ele não deixou passar a oportunidade de analisar esse admirável fenômeno vivenciado na localidade denominada “Bukowina”.

Teubner[808] retoma o estudo de Ehrlich sobre o pluralismo local e projeta essas ideias no sentido de conceber um pluralismo global, denominando-o de "Bukowina global". Ele questiona se seria possível que uma "sociedade civil" em

---

[805] TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world-society. **Dartsmouth**, p. 3-28, 1996. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=896478. Acesso em: 15 jun. 2023.
[806] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**…
[807] EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora da UnB, 1986
[808] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**… p. 3-28.

âmbito "mundial" estabelecesse normas próprias paralelamente às normas estatais e alcançasse um nível de existência mista de grupos étnicos, culturais e religiosos distintos. Isso envolveria, em parte ou no todo, ignorar as estruturas clássicas experimentadas na formação dos Estados-Nações.

A indagação é complexa, extensa e desafiadora, especialmente em um mundo repleto de conflitos, muitas vezes relacionados a aspectos culturais, religiosos ou costumes diversos. Gunter Teubner[809] afirma que os regimes jurídicos internos das empresas multinacionais ou transnacionais têm uma configuração que favoreceria uma experiência plural, vinculando-as independentemente das leis formais e globais de seus respectivos Estados-Nação.[810]

O autor em questão realiza um inventário das diversas situações que envolvem a informalidade das relações, especialmente no âmbito trabalhista. Ele destaca como empresas e sindicatos estabelecem normas em comum acordo, buscando uma intervenção mínima do Estado. Nesse contexto, utilizam-se da padronização técnica e da autorregulação profissional.

As normas provenientes do sistema internacional, tanto no âmbito global quanto regional, relacionadas aos Direitos Humanos buscam fontes de normatividade além dos próprios Estados. Essa busca por normas transcende também o campo ambiental e esportivo. No âmbito ambiental, por exemplo, há uma busca por regulamentações internacionais. No domínio esportivo, as decisões de federações e confederações internacionais possuem o poder de regulamentar, aplicar sanções, impor punições e até excluir atletas de competições.

As jurisdições de organizações como a Federação Internacional de Futebol, disseminadas globalmente, possuem um grande poder e influência, assim como a Igreja, que detém ainda mais poder. Destacam-se as normas canônicas da Cúria Romana, as quais governam a vida dos fiéis, congregações religiosas e organismos ligados à Igreja.

Essas normas emanam diretamente de Roma, abrangendo um considerável número de regras, sanções e regulamentações em vários setores da vida dos indivíduos sob sua jurisdição mundialmente expandida. A Igreja, inclusive, detém o poder de excomunhão, resultando na exclusão total do fiel das fileiras da instituição.

---

[809] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**… p. 1.

[810] Do original: "*The internal legal regimes of multinational enterprises are a primarily, strong candidate for global law without a state*."

Essas e muitas outras normas demandam certas generalizações, uma vez que, se o alcance delas é global, é necessária uma forma de explicação a partir do pluralismo que evoluiu desde as sociedades coloniais até as leis de diversas comunidades étnicas, culturais e religiosas nos Estados-nação modernos. É crucial observar a necessidade de um novo corpo de leis que emerge de vários processos de globalização em múltiplos setores da sociedade civil, independentemente das leis dos Estados-nação.

O emergente direito global, que não pode ser interpretado simplesmente pela lógica do direito internacional, constitui-se como uma ordem jurídica em si mesma, independentemente dos Estados Nacionais para justificação e manutenção. Diferentemente do direito tradicional dos Estados-nação, esse direito global surge a partir de um processo de diferenciação dentro da própria sociedade mundial.

Não encontra sustentação no poder político global, não é formalmente institucionalizado segundo a lógica dos Estados Nação ou de acordo com as regras do Direito Internacional; em vez disso, está intrinsecamente ligado aos processos socioeconômicos globalizados.

O fato de não ser politizado inicialmente não exclui a possibilidade de que possa ser, porém, essa politização não ocorreria a partir de instituições políticas tradicionais. Pelo contrário, seria estabelecida a partir de uma perspectiva sistêmica, através de um "acoplamento estrutural" diferenciado das perspectivas clássicas, como a kantiana. Nessa visão, a globalização uniforme de muitos aspectos jurídicos da sociedade só seria possível se os Estados-nação formassem uma federação política sob uma constituição republicana.

Teubner[811] entende que, na experiência moderna, a globalização ocorre de forma fragmentada e não uniforme. Isso ocorre porque não é o resultado de um processo evolutivo de uma sociedade mundial orientada pelas lideranças políticas dos respectivos Estados. Pelo contrário, é o resultado de um processo contraditório e fragmentado, onde a política perdeu seu protagonismo.

Por outro lado, tanto a política quanto o direito encontram um ponto de equilíbrio no contexto da conformação do Estado-Nação. De um lado, a política legitima o Estado em suas decisões de ordem política, e, por outro lado, o Direito fornece a coerção, a sanção e, portanto, a obrigatoriedade das decisões da

[811] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**… p. 1.

autoridade estatal para conferir força à política.

Esse acoplamento estrutural inclusive deu origem à própria Constituição, como resultado de uma aquisição evolutiva ao longo do tempo que gradualmente centralizou os diversos centros de poder até a concentração dos poderes nas mãos de uma única e última instância, o Estado.

O problema reside no fato de que o mesmo processo que legitima o Direito não ocorre de maneira tão eficaz no acelerado processo de globalização. Nesse sentido, a política regional e local encontra dificuldades em se estabilizar, uma vez que os setores sociais não identificam mais na política e no direito uma estrutura validada e eficiente sobre a qual se baseie a nova lógica da globalização. Dessa forma, as novas "aldeias globais" vão se formando de maneira independente da política e, por vezes, até contrárias a ela.

Esse novo arranjo global resulta na percepção das economias globais de maneira fragmentada, e a globalização que elas representam é vista como dissociada da política. Assim, não tem relação com o processo de legitimação característico da lógica interna de um setor econômico capitalista. Em vez disso, essa globalização é entendida a partir das influências de uma pluralidade de subsistemas sociais, uma crítica que é destacada por Gunter Teubner,[812] citando autores como Wallerstein, Giddens e Luhmann.

O que se aplica à economia também é aplicável à ciência, cultura, tecnologia, sistemas de saúde, serviços sociais, setor militar, transportes, meios de comunicação, turismo e muitos outros. Esses setores se revelam como subsistemas mundiais autoprodutores, competindo com a oficialidade estatal característica dos Estados-Nação.

Há aqui um descompasso. Por um lado, o processo clássico referendado pelos Estados-Nação assegura relações interestatais entre unidades nacionais com elementos transnacionais, fragilizando os demais subsistemas sociais. Por outro lado, esses subsistemas sociais interagem no sentido de criar uma autêntica sociedade global ou o fragmento de diversas sociedades globais, não mais focadas em grupos ou comunidades simplesmente, mas voltadas para discursos e redes comunicativas.

Não se trata de um procedimento padronizado, uma espécie de tradição

[812] TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina**… p. 1.

definida ou delimitada por aspectos culturais claros que sustentam essa nova pluralidade global. Em vez disso, é a autorreprodução contínua de redes globais, caracterizadas pela sofisticação técnica e especialização em todos os setores, como na área econômica, cultural, acadêmica ou tecnológica.

O Direito global, que historicamente derivava das relações tradicionais dos Estados-Nação, está sendo substituído por outros elementos, levando em consideração os limites da lei global. Esses elementos não são mais formados a partir de uma base territorial central ou pela expansão tendente a uma federação, como imaginado por Kant, e que se aplicava à realidade das relações no plano internacional do Estado-Nação.

Os conglomerados econômicos, os mercados, as relações entre matriz e filiais, as comunidades profissionais, as redes sociais - todos aparentemente imperceptíveis em certos aspectos - são, na verdade, onipresentes. Em suas atividades, acabam gerando normas, arranjos e acordos no plano da normatividade, mesmo que não legitimados de forma tradicional. Essas interações produzem juridicidade, criando obrigações e direitos de alguma forma.

A percepção jurídica deve estar aguçada no sentido de discernir a sutileza de uma espécie de normatividade centrada não mais na conflituosidade internacional, que é perceptível e classicamente reconhecida, como se as cartas estivessem na mesa. Pelo contrário, essa percepção deve ocorrer a partir de uma realidade conflituosa intersistêmica, silenciosa e oculta.

Quanto à territorialidade, detectam-se formas invisíveis de expressão, como a complexidade do ciberespaço, onde a internet se coloca a questão: de quem é este território? A partir de quais critérios são estabelecidos normas, competências, responsabilidades e direitos em relação às suas fontes normativas?

A tendência é que os órgãos legislativos clássicos, tanto nacionais quanto internacionais, tenham cada vez menos espaço no plano global. Isso porque o direito globalizado e pluralista dependerá de processos autopoiéticos, ou seja, de processos auto organizacionais a partir do acoplamento estrutural do direito com os mais diversos processos globalizados, fundamentados na alta especialização e na técnica. Em outras palavras, o Estado formal e seus organismos estão se retirando de cena ou têm cada vez menos voz e espaço, dando lugar às corporações, grupos e grandes arranjos multinacionais ou transnacionais.

É a própria sociedade global e pluralista que se autorreproduz por meio de

mecanismos próprios, independentes das vontades das entidades estatais. Isso ocorre em um contexto de independência dos respectivos sistemas sociais especializados, em detrimento dos sistemas tradicionais baseados no devido processo legal e no estado de direito, estruturados a partir de uma ideia de unidade legal. Esse modelo é contrário à dimensão pluralista da nova globalidade.

A nova normatividade global terá que enfrentar dilemas inéditos, pois será desafiador conciliar a pluralidade de fontes legais, que estão em acelerada deslegitimação e têm uma influência cada vez menor, com a busca por uma lei globalmente unificada.

Essa faceta da *lex mercatoria*[813] em sua versão contemporânea, globalizada e pluralista, assume que a normatividade oriunda de relações de ordem privada, baseada em instituições como contratos e associações, possa produzir leis válidas sem autorização nem controle do Estado. Isso, à luz da doutrina clássica do direito, não seria admissível, uma vez que um contrato sem lei ou mesmo uma lei válida fora dos contornos clássicos dos Estados-Nação e além da concepção clássica do trato internacional desafiam os princípios tradicionais.

As estruturas clássicas de organização estatal têm como base os Estados Nacionais e sua normatividade nas relações classicamente mantidas. No entanto, com os novos arranjos que superam esses esquemas, surge um direito produzido sem o poder sancionador da autoridade estatal, sem controle político e sem a legitimidade inerente aos processos democráticos. Mesmo sem o reconhecimento mútuo característico do direito internacional, esse direito se impõe como critério de juridicidade entre as partes, tornando o papel do Estado desnecessário nesse contexto específico.

Por último, desponta o papel e a natureza dos órgãos de arbitragem neste cenário, pois cada vez mais tem sido recorrido a essa modalidade de resolução de conflitos. Isso ocorre devido à flexibilidade na resolução e regulação de negócios globais, baseando-se em usos e costumes comerciais e nos regulamentos profissionais.

Todo esse conjunto de constatações evidencia que globalmente existe um conjunto normativo que foge às noções clássicas, primeiramente, dos Estados

---

[813] A expressão faz menção à lei do comércio que ao longo do tempo vai refletindo as características de cada época. Atualmente é compreendida sob a perspectiva de um mundo globalizado, tecnológico e dominado pelo capital financeiro internacionalizado.

Nacionais, destoando de uma perspectiva internacionalista das relações baseada na concepção dos Estados-Nação.

Essa normatividade não se baseia em uma estrutura territorial, na unicidade da lei, nem mesmo em um acoplamento estrutural entre direito e política. Ela se autorreferencia, e o processo de repolitização ocorre em um plano mais dinâmico e complexo, excluindo as estruturas estatais e, consequentemente, toda a infraestrutura voltada para assistência social, previdência e outras políticas públicas relacionadas às demandas da população. Afinal, o mundo está cada vez menos nas mãos dos governos, com poder de organizar a vida social em suas carências, e cada vez mais nas mãos de interesses privados em suas diversas facetas.

Talvez seja mais fácil raciocinar sobre essa nova normatividade pluralista e global a partir de algumas constatações práticas. Por exemplo, observe a opção da NASA, a Agência Espacial norte-americana, ao transferir seus projetos espaciais para Elon Musk. O poder que a empresa espacial de Musk possui é inacreditável.[814]

O domínio na fabricação e administração de satélites espaciais assegura uma grande parcela de poder em termos de geolocalização, comunicações e informações estratégicas. Isso, evidentemente, tem peso significativo na avaliação do poderio militar, econômico, financeiro e geopolítico de qualquer país.

Ocorre que, começando pelos telefones celulares, perpassando por canais por assinatura, serviços de meteorologia, informações militares essenciais para o planejamento de ações coordenadas, serviços de internet, milhares de aplicativos, algoritmos, bancos de dados, tudo passa pelo fabrico ou aprimoramento de tecnologia de ponta, e agora, de alguma forma, pela tecnologia espacial.

Pois bem, Elon Musk, com sua empresa,[815] coloca em órbita esses satélites

---

[814] CASSITA, Danielle. **SpaceX lança satélites Starlink e já tem mais de 4 mil em órbita**. 4 maio 2023. Disponível em: https://bit.ly/495vdZx. Acesso em: 15 jun. 2023.

[815] A análise da NASA revela uma parceria significativa com a SpaceX, de propriedade de Elon Musk, no contexto de missões espaciais. Inicialmente planejado para um contrato de US$ 900 milhões, o valor final evoluiu para US$ 4,93 bilhões após ajustes e serviços executados. Parceira da NASA, a Boeing enfrentou desafios ao não cumprir alguns requisitos e falhar em determinados serviços, o que beneficiou a SpaceX nos contratos bilionários com a agência espacial. É interessante notar que a Boeing, apesar de ter participação acionária brasileira, enfrentou pressões para privatização. Apesar de ser parcialmente estatizada, a empresa constrói foguetes e utiliza tecnologia avançada. A origem da Boeing remonta ao Brasil, um país que, curiosamente, não produz automóveis com empresas brasileiras atualmente. Isso contrasta com o período do governo Juscelino Kubitschek de Oliveira, quando várias montadoras contribuíram para o desenvolvimento industrial e inauguraram uma nova era na política industrial brasileira alinhada aos avanços tecnológicos pretendidos por países mais desenvolvidos. Pode-se questionar por que o Brasil, mesmo sendo capaz de produzir automóveis no passado, não o faz atualmente,

e os produz também através da empresa Starlink. Até maio de 2023, a Starlink já havia colocado em órbita mais de 4 mil satélites, tendo autorização para operar mais de 4.400 satélites da rede Starlink.[816]

Não é incomum que os interesses privados se descolem quase que totalmente dos interesses de seus governos locais para o redemoinho global do lucro e sua lógica implacável. Na esteira desse poder sem precedentes na história humana, desse caldo de interesses globais conjugados, surge uma normatividade própria que passa a interferir diretamente nos países, criando, ao final, uma dimensão normativa absolutamente apartada da regulação dos Estados nacionais.

Esse deslocamento e a agilidade desses movimentos de capital escapam do controle estatal. Não se consegue controlar o capital em sua grande agilidade, e os Estados não conseguem alcançar nem regular, ao menos não diretamente. Como resultado, não raras vezes, tem-se a prostração de países, de regimes, de democracias jovens ou débeis, na mesma proporção em que se sobrepõem os interesses maiores dessa nova lei de mercado.

Grupos privados podem provocar guerras em outros países para defender seus interesses, e isso estaria fora do controle de Estados e de organismos internacionais. Isso ocorre porque, como mencionado anteriormente, as relações neste novo contexto global são invisíveis e fragmentadas. Assim como podem criar normatividade para o bem, também podem fazê-lo para o mal, como um efeito colateral do pluralismo.

O pluralismo jurídico, que serve para orientar, coordenar e melhorar as condições de vida de uma dada comunidade na ausência do poder estatal, é a mesma normatividade paralela que pode submeter essas comunidades ao poder das milícias ou regular a vida dentro dos presídios entre as diversas facções criminosas.

Se isso ocorre no plano interno da dimensão normativa pluralista, não é diferente no plano internacional globalizado. Pode-se dizer que é a face obscura do pluralismo. Por isso, o autor desta tese insiste em abordar o pluralismo sob a dupla perspectiva de valor e processo, para assegurar que o processo nunca seja

---

especialmente considerando o potencial rentável desse mercado. Este é um tema que envolve aspectos econômicos, industriais e políticos, e é passível de análise e debate mais aprofundados. (PINHEIRO, Guilherme. **NASA e SpaceX de Elon Musk fecham acordo de US$ 1,4 bilhão para transporte espacial**. Disponível em: https://bit.ly/4bct3ZS. Acesso em: 15 jun. 2023).

[816] CASSITA, Danielle. **SpaceX lança satélites Starlink e já tem mais de 4 mil em órbita**...

instrumentalizado, esquecendo-se dos valores que representa.

É notável ressaltar situações específicas, como na América Latina, onde, de fato, não existe um fortalecimento mútuo continental por meio de acordos regionais e alianças semelhantes à União Europeia. Além disso, no Brasil, há o agravante de parte da opinião pública associar estratégias de geopolítica por meio de alianças regionais a atos inconsequentes que visam estabelecer laços de corrupção. Essa percepção pode ser compreensível devido ao passado recente envolvendo essas questões na região.

No entanto, não são com elementos dessa natureza que um país ou um grupo de países planeja suas estratégias no âmbito da geopolítica. Basta observar a história global do petróleo, a regulação de preços, o funcionamento do mercado de combustíveis e, especialmente, a história da descoberta, produção e expansão da indústria petrolífera e siderúrgica no Brasil.[817]

Monteiro Lobato[818] revela que pagou um preço elevado por suas ideias nacionalistas audaciosas e abordou especificamente esse tema ao longo de sua extensa obra, presente na coletânea "Obras Completas". Nessa coleção, ele discute questões relacionadas à economia e ao mercado de ações[819] com base em sua experiência como adido cultural do governo brasileiro[820] nos Estados Unidos durante os anos 1950. Lobato detalha todo o processo de dominação da indústria por potências estrangeiras nesse período.

Com a ascensão de governos populares nos anos 2000, a Petrobrás conseguiu libertar-se da dependência tecnológica estrangeira. Passou não apenas a extrair petróleo por conta própria, mas também desenvolveu técnicas autênticas de extração em grandes profundidades, consolidando-se como uma potência no setor energético global.

Essa posição dominante poderia ter impulsionado o Brasil a alcançar patamares tecnológicos mais elevados, incluindo o desenvolvimento de tecnologias substitutas do petróleo, como os carros elétricos, dada a inevitabilidade do declínio dos combustíveis fósseis por questões ambientais.

---

[817] LOBATO, Monteiro. **O escândalo do petróleo e Georgismo e Comunismo**. São Paulo: Globo, 2011.

[818] LOBATO, Monteiro. **O escândalo do petróleo e Georgismo e Comunismo**...

[819] LOBATO, Monteiro. **O escândalo do petróleo e Georgismo e Comunismo**....

[820] LOBATO, Monteiro. **Mr. Slang e o Brasil e problema vital**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense. 1961. Disponível em: https://bit.ly/3OcMXdu. Acesso em 15 jun. 2023.

Observe-se ainda o papel estratégico da Petrobrás sob a perspectiva geopolítica, como destacado por Bruno Mariotto Jubran.[821] Segundo ele, "mais do que um recurso energético, o petróleo é um meio para aprimorar o desenvolvimento e fornecer segurança para um país". Em todos esses desdobramentos de ordem global, o pluralismo jurídico está presente, e ao expandir-se internacionalmente, a Petrobrás assume dimensões, densidade, natureza e dinamismo diversos.

O tópico encerrado analisou o fenômeno das codificações no contexto da discussão do Pluralismo Jurídico. As conotações do ponto de vista psicanalítico e sociológico, os aspectos do pluralismo sob o ponto de vista local e global, bem como alguns aspectos essenciais da *lex mercatória* e, por fim, foi destacado a relevância, utilidade, indispensabilidade do fenômeno do Pluralismo Jurídico, tanto em sua acepção enquanto valor, como na condição de processo e instituinte de juridicidades diversas.

[821] JUBRAN, Bruno Mariotto. As disputas globais pelo petróleo e seus efeitos no Brasil. **Panorama Internacional**, v. 2, nº1, 2016. Disponível em: https://bit.ly/3SmSn6R. Acesso em: 10 jan. 2024.

4 INCURSÕES NECESSÁRIAS NA TEORIA PSICANALÍTICA DO SUJEITO, COMO SUBSTRATO TEÓRICO PARA A COMPREENSÃO DA TEORIA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL DE MICHEL ROSENFELD

4.1 EXPRESSÕES DO SUJEITO CONSTITUCIONAL, REVIRAVOLTAS NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA, SOCIEDADE MUTANTE E IDENTIDADES CONSTITUCIONAIS

O capítulo precedente abordou inicialmente o fenômeno do Pluralismo de forma geral, analisando seus elementos constitutivos, conceito, estruturação, origem e evolução histórica. Explorou a estruturação dos paradigmas desde o surgimento do termo na filosofia grega, passando pelos períodos medievais até os autores modernos e pós-modernos.

Também tratou da temática pela Filosofia da Ciência, destacando a importância do conceito de paradigma de Thomas Khun nesse contexto. Adicionalmente, discutiu a emergência do paradigma pluralista numa perspectiva alternativa para compreender e influenciar o mundo contemporâneo.

Na sequência, foi examinado o fenômeno do Pluralismo Jurídico, abordando sua origem, conceito, categorias e principais marcos teóricos. Além disso, o tema foi contextualizado na contemporaneidade, destacando suas perspectivas futuras.

Em seguida, foi abordado o fenômeno das codificações no contexto da discussão sobre o Pluralismo Jurídico, considerando suas implicações nas esferas jurídica, psicanalítica, sociológica e antropológica. Foram explorados os aspectos do pluralismo sob as perspectivas local e global, abordando a *lex mercatoria*. Por fim, foi enfatizada a relevância, utilidade e indispensabilidade do fenômeno do Pluralismo Jurídico, tanto como um valor quanto como um processo instituinte de diversas formas de juridicidade.

O propósito deste capítulo é enfatizar pontos específicos na temática do Sujeito Constitucional sob uma perspectiva jurídica, incorporando elementos da teoria psicanalítica, inseridos no contexto mais amplo da psicanálise. Busca-se apresentar esse enfoque como um elemento que contribua para a sofisticação conceitual no âmbito da complexa e profunda Teoria da Identidade do Sujeito Constitucional, desenvolvida por Michel Rosenfeld.

Para alcançar esse objetivo, serão analisadas as manifestações do sujeito constitucional, considerando suas expressões em menor e maior grau, bem como as

patologias do sujeito constitucional, denominadas como "sombras constitucionais". As categorias conceituais psicanalíticas serão aplicadas ao Direito Constitucional, visando desenvolver outras categorias de ordem jurídica. Dentre essas categorias, destaca-se uma noção de especial relevo que é adotada como suporte para o restante do quadro explicativo deste capítulo, a saber, a noção de "sujeito" e subjetividade.

Essas categorias mencionadas desempenham um papel fundamental na explicitação da teoria de Michel Rosenfeld. Isso se torna ainda mais relevante, considerando que a referida teoria não é amplamente conhecida no Brasil. A intenção é, por meio dos autores que abordam o tema, proporcionar um grau de simplicidade e compreensão necessárias para uma maior divulgação, dada a significativa importância e avanço teórico que essa teoria representa para a própria Teoria Democrática.

O visitante em Roma, ao entrar na Capela Sistina, depara-se com um deslumbrante conjunto pictórico criado entre os anos de 1508 e 1512. Instintivamente, é conduzido a dirigir o olhar para o teto, onde o mestre Michelangelo di Lodovico Buonarroti Simoni, mais conhecido como Michelangelo, pintou uma das cenas mais célebres de sua obra, nomeadamente a cena conhecida como "Deus tocando o Homem".

A imagem retrata a figura de Deus em uma perspectiva horizontal, com o dedo prestes a tocar o dedo de Adão, o primeiro homem criado, conforme o relato bíblico (Gênesis, 1, 7-9).[822] Existe uma representação da relação entre o criador e a criatura, no entanto, as mãos não se tocam; há um espaço, um vazio entre os dois personagens da pintura.

Ao longo dos séculos, várias interpretações foram atribuídas a esta pintura. Elas incluem a representação da divindade como a suprema força criadora, a criatura humana, e um espaço simbólico entre a natureza divina e a natureza humana. Nesse intervalo entre o divino e o humano, encontra-se a característica comum a toda a humanidade: a existência do gênero humano. Esse fenômeno tem sido objeto de reflexão em todas as áreas do conhecimento desde os primeiros registros históricos, quando o ser humano começou a questionar "quem sou", "de

[822] BIBLIA. **Bíblia de Jerusalém**. Paulo Bazaglia, 1ª imp. 2013. Trad. Domingos Zamagna. São Paulo: Paulus. 2013, p. 14. (Iahweh Deus modelou o homem com a argila do solo, insuflou em suas narinas um hálito de vida e o homem se tornou um ser vivente. Iahweh Deus plantou um jardim em Éden, no oriente, e aí colocou o homem que modelara).

onde vim" e "para onde vou". A sombria realidade do perigo nuclear impôs à humanidade a necessidade de pensar não mais em termos de "um", mas sim como "nós".

Na tradição africana, destaca-se um elemento cultural de significativo valor: o "ubuntu". Essa expressão evoca a existência sob uma perspectiva de multiplicidade, possibilitando uma reformulação das indagações fundamentais sobre a identidade humana: "quem somos", "de onde viemos" e "para onde vamos". Tudo indica que o destino comum da espécie humana é compartilhado, implicando que todos se salvam ou todos enfrentam a aniquilação.

Léa Ferreira Laterza[823] refere-se às primeiras indagações dos gregos sobre a natureza do ser humano e do seu conhecimento. Considerando que, se o conhecimento humano é consistente e flui continuamente, não poderia se esgotar com o fim da vida humana. Portanto, a origem desse conhecimento deveria provir de algo além de um ente finito e frágil como o ser humano, num mundo onde a matéria também perece.

Essa percepção levava à intuição de que há algo além da matéria, suscitando a questão fundamental sobre o que realmente representa esse "algo". No final, a indagação central é: "O que vem a ser o próprio ser humano?"

O que define o ser humano afinal: matéria, espírito ou uma combinação entrelaçada de ambas? Enquanto o pensamento contemporâneo ainda enfrenta essas indagações, os gregos já as exploravam há séculos, estabelecendo estruturas de pensamento e categorias essenciais para a formação da sociedade atual.

Sem a elaboração de uma sofisticada metafísica, diversas linhas de pensamento que lidam com categorias como complexidade, como é o caso da pós-modernidade, não teriam fundamentos sólidos para se sustentarem.

Ao longo do tempo, desenvolveu-se a percepção de que o ser humano, em todas as suas dimensões, é superior aos animais. Isso implicava o reconhecimento, de forma geral, de uma dignidade e uma superioridade intrínsecas. Foi nesse solo fértil, construído pela intuição filosófica grega, que as sementes foram depositadas. Essas sementes, um dia, floresceriam em uma diversidade de cores e carismas na elaboração da filosofia cristã.

---

[823] LATERZA, Léa Ferreira. O conceito de pessoa: o estado da questão entre os gregos**. Kriterion: Revista de Filosofia**, 17 jun. 2011. Disponível em: https://bit.ly/3SxXxyt. Acesso em: 2 mar. 2022.

Conforme afirmado por Laterza,[824] Sócrates e Platão, mestre e discípulo, discorrem sobre a alma humana. Em particular, Platão possui uma concepção mais idealizada do homem, imaginando-o no mundo das ideias antes de adquirir a forma material. Aristóteles, por sua vez, busca integrar a matéria ao espírito, sem uma preocupação específica pela concepção do ser humano como um indivíduo. Ambos eram vistos como seres que, devido à sua inteligência e moralidade, possuíam características de seres puramente espirituais.

É desafiador conceber uma crítica filosófica sem a fundamentação proporcionada pelo aristotelismo, platonismo e socratismo. Por onde seria possível começar a refletir sobre questões tão profundas e complexas,[825] especialmente aquelas apresentadas pela pós-modernidade?

Homens que conceberam um mundo de ideias em meio à escravidão do homem pelo homem deixaram um legado significativo. No entanto, é crucial contextualizar esse conjunto de ideias dentro das limitações históricas específicas de cada época.

A concepção de que o ser humano possuía algo além de mera animalidade ganha forma na filosofia cristã, com influências da intuição grega evidenciadas nas obras de Santo Agostinho[826] e de Santo Tomás de Aquino[827]. Agostinho, que viveu no final do século III e início do século IV d.C., demonstra conhecimento das obras de Plotino,[828] Aristóteles e Platão, como claramente revelado em suas escritas, especialmente em sua autobiografia "Confissões",[829] primeira autobiografia da literatura ocidental, em que é evidente o conhecimento das doutrinas do neoplatonismo.[830] Essa influência também é perceptível em sua obra "A Cidade de

---

[824] LATERZA, Léa Ferreira. **O conceito de pessoa**...

[825] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 79;217;764.

[826] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 23.

[827] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**...p. 962.

[828] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**...p. 710.

[829] AGOSTINHO, Aurélio. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

[830] "Escola filosófica fundada em Alexandria. por Amônio Saccas no séc. II d.C, cujos maiores representantes são Plotino, Jâmblico e Procios. O N. é uma escolástica, ou seja, a utilização da filosofia platônica (filtrada através do neopitagorismo, do platonismo médio e de Filon) para a defesa de verdades religiosas reveladas ao homem *ab antiquo* e que podiam ser redescobertas na intimidade da consciência. Os fundamentos do N. são os seguintes: 1. Caráter de revelação da verdade, que, portanto, é de natureza religiosa e se manifesta nas instituições religiosas existentes e na reflexão do homem sobre si próprio; *2. C*aráter absoluto da transcendência divina: Deus, visto como o Bem, está além de qualquer determinação cognoscível e é julgado inefável; 3. Teoria da emanação, ou seja, todas as coisas existentes derivam necessariamente de Deus e vão-se tornando cada vez menos perfeitas à medida que se afastam d'Ele; consequentemente o mundo

Deus".[831] Tomás de Aquino,[832] por sua vez, constrói seu sistema filosófico com base na racionalidade aristotélica, estabelecendo as bases teóricas que impactariam profundamente toda a cultura ocidental cristã.

A tradição cristã se entrelaça com a tradição judaica, resultando dessa convergência técnicas de interpretação das escrituras que se tornarão a base de toda a hermenêutica, inicialmente filosófica e posteriormente jurídica.[833] Em um primeiro enfoque, as considerações provenientes de determinadas escolas filosóficas são úteis para a compreensão de algumas características do ser humano, percebido como alguém dotado de algo compartilhado com a divindade, algo intrínseco ao próprio ser humano.

O encontro entre Moisés e Deus, conforme narrado nas escrituras, revela algo profundamente instigante, gerando diversas considerações de ordens variadas. No contexto deste estudo, destaca-se o diálogo entre a divindade e a humanidade, onde o divino se revela a Moisés. Quando Moisés indaga sobre o nome de Deus para comunicar ao povo, a resposta divina é: "Eu sou aquele que sou", instruindo Moisés a dizer aos israelitas que "Eu sou" os enviou.[834]

Ao se apresentar a Moisés, Deus se define como um ser, ou ao menos o faz de maneira a comunicar tal aspecto. Essa autoidentificação assemelha-se, de alguma forma, à maneira como o ser humano também se define como um ser, possuindo sua própria "identidade" que o distingue de alguma maneira. Nessa identidade ôntica, vislumbra-se uma centelha divina, que, segundo o mito adâmico, também resplandece no ser criado.

Há uma espécie de imagem e semelhança entre o Criador e o ser criado, conforme registrado nas Escrituras:[835] "Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança". A escolha de descrever a ideia de identidade a

---

inteligível (Deus, Intelecto e Alma do mundo) é distinto do mundo sensível (ou material), que é uma imagem ou manifestação do outro; 4. Retorno do mundo a Deus através do homem e de sua progressiva interiorização, até o ponto do êxtase, que é a união com Deus". (ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 710)

[831] AGOSTINHO, Aurélio. **A cidade de Deus**. 12. ed. Tradução: Oscar Paes Leme, Petrópolis: Vozes, 2009. 2 v.

[832] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 962.

[833] LARA, Paulo Cesar de. A Influência da tradição judaico-cristã na hermenêutica jurídica contemporânea. *In*: SOBRAL, Luciane; MORBINI, Francieli Korquievicz. (Org.). **As Interfaces dos Direitos Fundamentais II**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 176.

[834] BÍBLIA SAGRADA. **Êxodo 3, 14**. Disponível em: https://bit.ly/480zbBE. Acesso em: 02 jun. 2022.

[835] BÍBLIA SAGRADA. **Gênesis, 1, 26-28**. Disponível em: https://bit.ly/3SFuby2. Acesso em: 15 jun. 2023.

partir das referências da filosofia cristã e da tradição judaica não é sem propósito, uma vez que é do meio cultural e religioso do protestantismo alemão e do judaísmo austríaco que surgirão os dois maiores pensadores da mente humana registrados na história da psicanálise e da psicologia, Carl Gustav Jung e Sigmund Freud.

Esses pioneiros na exploração dos mistérios da mente humana, verdadeiros desbravadores das profundezas do psiquismo, conduziram estudos reveladores sobre o aparelho psíquico, sua constituição e funcionamento. Contribuíram significativamente para as noções de individuação, tipos de personalidade, e os conceitos de identidade e sujeito, explorando seus aspectos constitutivos. Além disso, iluminaram os recessos da alma humana, abordando suas profundezas, sombras e mistérios, alguns dos quais permanecem ainda insolúveis.

Os conceitos fundamentais de identidade e sujeito, juntamente com o complexo de ideias associadas, têm suas raízes nas tradições religiosas e culturais que mais profundamente influenciaram os grandes pensadores do funcionamento da mente humana. A partir dessas raízes, emerge o conjunto conceitual básico, que serve como base para a teoria jurídica. Esses fundamentos são enraizados em considerações de ordem psicanalítica e psicológica.

Tanto nas tradições religiosas e culturais mencionadas quanto no contexto contemporâneo, o conceito de sujeito é crucial, servindo como base para a constituição de outros conceitos. Isso visa explorar uma linha de pensamento que entrelaça o direito com a psicanálise. É nesse contexto que emerge a relevância da teoria da identidade do sujeito constitucional de Michel Rosenfeld,[836] oferecendo contribuições significativas ao Direito, especialmente ao Direito Constitucional.

Da mesma forma, essa teoria tem o poder de abranger e esclarecer várias perplexidades e obscuridades que podem levar a disfunções nos órgãos do poder. O esclarecimento conceitual proporcionado pelo método psicanalítico lança luz sobre a compreensão, até onde possível, da natureza do ser humano, sua organização interna e inconsciente, e como isso pode ser útil no âmbito do consciente e do visível.

Esse itinerário é indispensável, especialmente considerando que várias categorias trabalhadas ao longo da exposição dessas construções teóricas necessitam de uma explicação detalhada. Isso se torna evidente, por exemplo,

---

[836] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

quando se empregam os conceitos de sujeitos coletivos de direitos, pluralidades, pluralismos e sujeito constitucional.

Diante das complexidades dos fenômenos jurídicos, influenciados pelos desdobramentos da pós-modernidade, os teóricos são demandados a desenvolver construções mais sofisticadas. Essas construções buscam abranger as matrizes conceituais como uma condição epistêmica fundamental para abordar os problemas novos e cada vez mais complexos, aos quais as teorias tradicionais do direito não conseguem oferecer soluções adequadas.

Enfim, identificar a natureza da identidade do sujeito constitucional e compreender a dinâmica de seu funcionamento é essencial. As Constituições, em última instância, têm como grande propósito constituir uma sociedade de acordo com critérios e valores específicos. Esse processo deve ocorrer sempre em uma perspectiva inclusiva, arejada, aberta, plural e democrática.

Por outro lado, é incumbência do constitucionalismo opor-se ao avanço dos totalitarismos em todas as suas formas, independentemente de suas nuances mais variadas e, por vezes, perversas. Essa oposição pode ocorrer de maneira explícita e externa, assim como por meio de mecanismos internos que corroem a própria democracia, negando os valores constitutivos e fundamentais da identidade do sujeito constitucional. O aspecto mais crucial é compreender o significado disso para as pessoas comuns em seu cotidiano.

Abordar a temática do pluralismo a partir do referencial teórico de Michel Rosenfeld,[837] com sua teoria da identidade do sujeito constitucional, é algo essencial e, até onde se tem conhecimento, inexistente na literatura jurídica brasileira. Contudo, dada a finalidade mencionada pelas razões apresentadas, é imperativo estabelecer uma compreensão prévia e conceitual dessa temática. Isso visa conectar o pluralismo ao processo constitucional substantivo, centrado no próprio sujeito constitucional e em sua identidade, atuando e operando o mecanismo jurídico com ferramentas técnicas em busca de soluções.

O Processo Constitucional Substancial deve refletir os mesmos atributos do sujeito constitucional, seguindo uma perspectiva que seja inclusiva, arejada, aberta, plural e democrática, conforme mencionado anteriormente. O amadurecimento da identidade do sujeito constitucional, quando projetado ao longo da história, revela-se

[837] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**...

como a própria história do constitucionalismo. Este fenômeno é caracterizado pelo contínuo aumento da inclusão de direitos, o que justifica a constante abertura e fluidez do sujeito constitucional.

Dado que a teoria da identidade do sujeito constitucional será analisada, considera-se uma abordagem eficaz o desvelamento literal de cada termo que compõe a teoria. Essa estratégia visa proporcionar uma melhor compreensão da teoria, permitindo, em um segundo momento, uma análise desses termos sob a perspectiva psicanalítica e jurídica.

O termo “identidade” tem origem no vernáculo latino e, entre suas diversas acepções, pode ser compreendido como "a qualidade de idêntico ou conjunto de caracteres próprios e exclusivos de uma pessoa, como nome, idade, estado, profissão, sexo, defeitos físicos". Também pode ser interpretado como “o aspecto coletivo de um conjunto de características pelas quais algo é definitivamente reconhecível ou conhecido”.

No sentido filosófico, o termo “sujeito” pode ser entendido como "o indivíduo real que é portador de determinações e que é capaz de propor objetivos e praticar ações". Também pode se referir, na relação de conhecimento, ao correlato do objeto, ou seja, aquilo que conhece em oposição ao que é conhecido, representando o pensamento, a percepção, a intuição. Além disso, pode ser considerado como "o agente fonte de atividade”.

O termo “personalidade” também tem origem no latim e pode ser compreendido como a "expressão do caráter ou qualidade do que é pessoal, a pessoalidade". Refere-se ao que "determina a individualidade de uma pessoa moral". Além disso, pode ser interpretado como "o elemento estável da conduta de uma pessoa" ou "a maneira habitual de ser" que a distingue de outra.

No sentido filosófico, o termo “personalidade” pode ser compreendido como um atributo do "indivíduo real que é portador de determinações e que é capaz de propor objetivos e praticar ações". Também pode se referir, na relação de conhecimento, ao correlato do objeto, ou seja, aquele que "conhece em oposição ao que é conhecido", representando "o pensamento, a percepção, a intuição". Além disso, pode ser considerado como "o agente fonte de atividade".

O termo “constitucional” pode ser compreendido como algo "inerente à organização física ou psíquica do indivíduo". Nesse contexto, a acepção "constituinte" pode se referir à ideia de "constituir" ou "aquilo que constitui".

Juridicamente, o termo "constitucional" pode ser interpretado como "o que faz parte de um organismo que tem atribuições constituídas pelo povo ou pelo governo para elaborar, redigir ou reformar a Constituição". A palavra "constituir" também tem origem no latim e expressa "certa base, a parte essencial, o que forma ou dá forma", podendo também ser entendida no sentido de “representar”.

Como pressuposto para a compreensão da teoria da identidade do sujeito constitucional, que se baseia no entrelaçamento entre o psicanalítico e o jurídico, entre o direito e a psicanálise, é necessário destacar o sentido de alguns termos para uma compreensão mais apropriada da referida teoria de Rosenfeld. Começando pela expressão "id", amplamente utilizada nos estudos de Freud e Jung, e especialmente como um elemento constitutivo da teoria freudiana, que procura explicar o que Freud denomina de "aparelho psíquico" ou o funcionamento da mente.

Segundo Roudinesco,[838] o termo “id” também vem do latim e significa “isso”. Ele representa “o ideal do eu” (em alemão, *Ichideal*; em espanhol, *ideal del yo*; em francês, *idéal du moi*; em inglês, *idea of me*). Já o termo "ego", também de origem latina, pode ser traduzido como "eu".

Sigmund Freud utilizou a expressão "ego" para designar "o modelo de referência do eu". O termo é explicitamente mencionado por Freud no texto de 1914 dedicado à introdução do conceito de narcisismo. O "ego" representa um "eu ideal", uma idealização do "eu", utilizado por Freud para explicar integralmente o funcionamento da mente. Freud se referia a isso usando o termo "aparelho psíquico", descrevendo o "eu" como "simultaneamente substituto do narcisismo perdido da infância e produto da identificação com as figuras parentais e seus substitutos sociais".[839]

Explica Roudinesco[840] que a "noção de ideal do eu" representa "um marco essencial na evolução do pensamento freudiano, desde as reformulações iniciais da primeira tópica[841] até a definição do 'superego'". No Brasil, também é comum usar o

---

[838] ROUDINESCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise**. Tradução: Vera Ribeiro e Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 362.

[839] ROUDINESCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise**... p. 362.

[840] ROUDINESCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise**... p. 362.

[841] Em geral, os psicanalistas se referem à primeira tópica como a primeira concepção de Freud sobre a Constituição e o funcionamento do aparelho psíquico, da mente humana. Uso o termo 'segunda tópica' devido à reformulação desenvolvida por Freud para explicar o aparelho psíquico após um período de maior amadurecimento de seus estudos. Dessa forma, há uma primeira e segunda

termo "ideal do ego". Em 1917, nas Conferências Introdutórias sobre Psicanálise, Freud modifica sua "concepção do ideal do eu", conferindo-lhe o sentido de uma "instância do eu".

Essa instância é encarregada das funções que, até aquele estágio de pesquisas e estudos, eram atribuídas à "consciência moral" (g*ewissen*). Essa instância permitia ao "eu" avaliar suas relações com seu ideal e participar da "formação do sonho" na figura do "censor" dos "sonhos do sonhador".[842]

Roudinesco[843] afirma que em 1921, na obra "Psicologia das Massas e Análise do Eu", Freud atribuiu ao "ideal do eu" um lugar de destaque, considerando-o uma instância claramente distinta do "eu". Essa instância é capaz de "se engajar em conflitos com ele", e o "ideal do eu" desempenha funções como "auto-observação, consciência moral, censura onírica, exercendo influência essencial no processo de recalque".

Seria nesta instância psíquica, que na fase infantil se manifestava como "narcisismo primário, em cujo seio o 'eu' da criança bastava a si mesmo", que o sujeito instala "o objeto de sua fascinação amorosa, bem como o hipnotizador ou o líder, assim se transformando o 'ideal do eu' no esteio do principal eixo de constituição do 'coletivo como fenômeno'", o que Freud já indicava em 1914 ao escrever sobre o narcisismo.

Não deixa de ser curioso se falar em 1914 sobre "fenômenos de massa", "fascinação pelo hipnotizador ou líder" logo no início da primeira grande guerra que é retomada em 1939 sob o fascínio sombrio de Hitler, o grande 'hipnotizador" do povo alemão e da Europa, que levou aquela nação à desgraça arrastando consigo o mundo, tema explorado imensamente por Jung, intuindo fatos futuros[844].

Essas instâncias psíquicas eram reposicionadas e reclassificadas por Freud à medida que avançava em seus estudos, especialmente observando-se que o texto de Freud sobre a psicologia das massas não era alheio às ressonâncias políticas. Evidentemente, aqui se traça um esboço original do pensamento de Freud, o qual foi

---

fase da mesma teoria sobre o aparelho psíquico. Freud analisava elementos dos sonhos de vários sonhadores e, a partir das várias narrativas sistematizadas, chegava às conclusões comuns.

[842] A estrutura repetida dos sonhos, suas semelhanças correlacionadas com certos quadros clínicos de pessoas diversas, aos poucos, foi demonstrando a Freud relações de causa e efeito que permitiam compreender alguns dos fenômenos da mente e assim idealizar o funcionamento do aparelho psíquico.

[843] ROUDINESCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise**... p. 362.

[844] JUNG, Carl Gustav. **Memórias, sonhos e reflexões**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

reelaborado e amplamente estudado por diversos seguidores da psicanálise, tendo como um dos mais ilustres Carl Gustav Jung. Jung, posteriormente, rompeu com Freud em um episódio dramático que marcou a ambos e o mundo da psicanálise. Posteriormente, Jacques Lacan desempenhou um grande papel na continuidade das ideias de seu mestre.

O termo "id" origina a criação do termo "identificação" com o seu sentido psicanalítico, segundo Roudinesco[845] (em alemão: *Identifizierung*; em espanhol: *identificación*; em francês: *identification*; em inglês: *Identification*). Esse termo, na psicanálise, é utilizado para descrever "o processo central pelo qual o sujeito se constitui e se transforma, assimilando ou se apropriando, em momentos-chave de sua evolução, dos aspectos, atributos ou traços dos seres humanos que o cercam".

Roudinesco[846] explica que de maneira ainda muito descritiva, Sigmund Freud utiliza o termo identificação em duas ocasiões em sua correspondência com Wilhelm Fliess, um de seus grandes colaboradores, em carta de 17 de dezembro de 1896.

Nessa correspondência, ao comentar sobre a "análise de algumas fobias", especialmente sobre a "agorafobia nas mulheres", Freud explica ao interlocutor que este "captará" o mecanismo, "pensando nas prostitutas", ao se analisar o "recalque" da "compulsão de ir apanhar na rua o primeiro que aparecer, de um sentimento de ciúme das prostitutas e de 'identificação' com elas".

Dentre os vários temas analisados por Freud, há um de especial atenção, este estudo em específico sobre a Psicologia das massas foi publicado em 1921, elaborado com suporte nos escritos de Gustave Le Bon, com trabalho publicado em 1895.

O fenômeno da identificação observado por Freud,[847] publicado em 1921 sob o título "Psicologia de massas e análise do eu", e por Le Bon,[848] com seu

---

[845] JUNG, Carl Gustav. **Memórias, sonhos e reflexões**... p. 362.

[846] JUNG, Carl Gustav. **Memórias, sonhos e reflexões**... p. 363.

[847] "Portanto, a psicologia de massas trata o ser individual como membro de uma tribo, um povo, uma casta, uma classe, uma instituição, ou como parte de uma aglomeração que se organiza como massa em determinado momento, para um certo fim. Após essa ruptura de um laço natural, o passo seguinte é considerar os fenômenos que surgem nessas condições especiais como manifestações de um instinto especial irredutível a outra coisa, o instinto social, "*herd instinct, group mind*" (instinto de rebanho, mente do grupo), que não chega a se manifestar em outras situações". (FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 15).

[848] LE BON, Gustave. **A Psicologia das Multidões**. Trad. Agostinho José Fortes. 1 ed. Rio de

trabalho publicado em 1895 sob o título "Psicologia das massas", tem ampla aplicação no tocante aos fenômenos de massa. Isso é especialmente relevante quando se analisa a razão da adesão coletiva a certas ideologias e as consequências nefastas que daí advêm.

Esses processos coletivos de dominação mental de forma massiva se expressam por meio de atos irracionais de uma coletividade sombria e disforme, que se comporta como um rebanho. A própria legitimação dos processos de poder perpassa por esses mecanismos de identificação, e se, no início dos estudos de Freud, suas descobertas poderiam parecer mais limitadas, à medida que foram sendo estudadas, revelaram-se muito mais profundas do que se poderia supor.

O que se pode dizer sobre tais mecanismos psíquicos na pós-modernidade, onde a aproximação mediada pela tecnologia é capaz de grandes transformações e as teorias de Freud despontam sempre como um alerta, no sentido de que se há regozijo em tudo de bom que a tecnologia pode trazer, o que se sabe sobre a mente humana pode encerrar o lado sombrio do ser humano amplificado por mecanismos novos de comunicação, com um poder de influenciar e seduzir sobre o qual sequer se pode supor em suas últimas consequências.

As considerações supra, que versam sobre as dimensões do sujeito quando este se manifesta na perspectiva de um sujeito coletivo patológico. A expressão “sujeito” (em alemão, *Subjekt*; em espanhol, *sujeto*; em francês, *sujet*;

Janeiro: Letras Errantes, 2020, p. 114. Nos agrupamentos humanos, o chefe muitas vezes não é mais do que um guia, mas, nesta qualidade, desempenha funções importantes. Sua vontade é o núcleo em torno do qual se formam e identificam as opiniões; o guia constitui o primeiro elemento de organização das multidões heterogêneas, preparando-lhes a organização em seitas. Enquanto a organização não se faz, o guia dirige a multidão que é um rebanho servil, incapaz de dispensar um senhor ou dono. O guia, muitas vezes, foi primeiramente também um guiado. Ele próprio foi hipnotizado pela ideia, e em seguida se fez apóstolo. A ideia se apossou dele de tal forma que desaparece tudo o que a ela seja estranho, e qualquer opinião em contrário se apresenta ao seu sequaz como erro e superstição. Isso ocorreu, por exemplo, com Robespierre, hipnotizado pelas ideias filosóficas de Rousseau e empregando os processos inquisitoriais para as propagar. Os guias, na maioria dos casos, não são homens de pensamento, mas de ação. São pouco clarividentes, nem mesmo o poderiam ser, pois que a clarividência conduz geralmente à dúvida e à inação. Recrutam-se principalmente entre os neuróticos, os excitados e semi alienados, que se avizinham das raias da loucura. Por mais absurda que a ideia defendida por eles possa ser ou o alvo que pretendam atingir, todo o raciocínio se embotará contra suas convicções. O desprezo e as perseguições não os incomodam ou apenas servem para mais os excitar. Interesses pessoais, família, tudo eles sacrificam. O próprio instinto de conservação é tão fraco neles que muitas vezes a única recompensa que pedem é ser mártires. A intensidade de sua fé imprime às suas palavras um grande poder sugestivo. A multidão está sempre pronta para escutar o homem dotado de vontade enérgica que saiba impor-se. Os homens reunidos em multidão perdem toda a vontade e instintivamente voltam-se para aquele que a possui.

em inglês, *Subject*)" segundo Roudinesco[849] é termo corrente em psicologia, filosofia e lógica.

É empregado para designar ora um indivíduo, como alguém que é simultaneamente observador dos outros e observado por eles, ora uma instância com a qual é relacionado um predicado ou um atributo.

Roudinesco[850] explica que na filosofia ocidental, desde René Descartes (1596- 1650) e Immanuel Kant (1724-1804) até Edmund Husserl (1859-1938), o sujeito é definido como "o próprio homem enquanto fundamento de seus próprios pensamentos e atos", consistindo na "essência da subjetividade humana, no que ela tem de universal e singular", neste sentido sendo "o sujeito do conhecimento, do direito ou da consciência".

Apesar de Freud ter feito uso do termo, teria sido Jacques Lacan,[851] seu seguidor, quem conceituou a noção lógica e filosófica do sujeito no âmbito de sua teoria do significante, transformando "o sujeito da consciência num sujeito do inconsciente".[852] Por outro prisma, interessam dados sobre as pesquisas de Jung, uma personalidade científica das mais acuradas, em que pese históricos embates sobre a cientificidade das obras junguianas.

Roudinesco[853] registra que após um período prolongado de crise interior, depressão que transcorreu ao longo de 1914 a 1918, Jung inicia os seus escritos formalmente e à sua teoria sobre a mente humana denominou "Psicologia analítica". É sobre esta ciência que se baseia o seu método de psicoterapia. Diferente de Freud, Jung defendia que a mente humana, a *psique*, não tinha "nenhum substrato biológico" em sua constituição.

Quanto ao tratamento clínico dos pacientes, Jung enfatizava como objetivo "reconduzir o sujeito à realidade", livrando-o de seus segredos causadores das enfermidades psíquicas. É necessário acrescentar que Jung incorporou aos seus estudos e métodos desenvolvidos uma grande experiência tomada das mais diversas tradições espirituais do mundo, tanto do ocidente quanto do oriente.

---

[849] LE BON, Gustave. **A Psicologia das Multidões**... p. 742.
[850] LE BON, Gustave. **A Psicologia das Multidões**... p. 742.
[851] LACAN, Jacques. **Subversão do sujeito e dialética do desejo no inconsciente freudiano**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 807-842.
[852] OGILVIE, Bertrand. **Lacan**: a formação do conceito de sujeito. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.
[853] ROUDINESCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise**... p. 422.

Em 1919, Jung elaborou a noção de arquétipo, oriunda da noção de "imago", para definir uma "forma preexistente inconsciente que determina o psiquismo e provoca uma representação simbólica que aparece nos sonhos, na arte ou na religião". Contudo, partir destas concepções de Jung sem verificar onde o Psicanalista foi buscar estes conceitos de nada adiantaria num escrito que se pretende esclarecedor e tanto quanto possível didático.

O termo “Arqueu”, segundo Abbagnano,[854] teria se originado de Teofrasto Paracelso, segundo o qual Arqueu seria "a força que move os elementos, isto é, o espírito animador da natureza". Os "arcanjos", ou seja, como tudo seria constituído a partir dos três elementos (enxofre, sal, mercúrio), tais elementos seriam movidos pela atividade inconsciente do Arqueu.

Segundo o Dicionário de Filosofia,[855] o termo “arquétipo” (em latim, *Archetypus*; em inglês, *Archetype*; em itálico, *Archetipo*) “é o modelo ou o exemplar originário ou original de uma série qualquer”. Neste sentido, as ideias de Platão foram consideradas “arquétipos” ou ideias arquetípicas, pois eram “modelos das coisas sensíveis” e, mais frequentemente, “as ideias existentes na mente de Deus, como modelos das coisas criadas”.[856]

Segundo Abbagnano,[857] Locke utilizou o termo *(Ensaio,* II, 31, § D) para dizer somente “modelo” ao afirmar que designava como “adequadas as ideias que representam perfeitamente os Arquétipos dos quais “a mente supõe que elas tenham sido extraídas, que ela entende sejam representadas por aquelas ideias, e a que ela as refere". Entende-se também por Arquétipos “as forças naturais, as ideias simples ou as ideias complexas assumidas como modelos para medir a adequação das outras ideias”.

Segundo Abbagnano,[858] a expressão “paradigma” significa “modelo ou exemplo”, e Platão teria empregado esta expressão no sentido de “modelo”, ao considerar como paradigma “o mundo dos seres eternos, do qual o mundo sensível é imagem”. Aristóteles utiliza esse termo no sentido de “exemplo”. Surge entre os pensadores a indagação sobre quem teria inspirado, quem teria sido o “modelo” ou o “paradigma” do ser e das coisas, que passageiras reclamavam uma fonte

[854] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 80.
[855] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 80.
[856] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 80.
[857] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 80.
[858] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 742.

imorredoura. Platão entendia que o “bem” era “o princípio supremo de tudo, comparando-o ao sol que dá vida às coisas e as torna visíveis, estando muito além da substância.

á seu seguidor Plotino, dentro da tradição neoplatônica, localiza este "bem" "além da substância", mas também "além do ser" e "além da mente" de tal modo que é transcendente em relação a todas as coisas, mesmo "produzindo-as e conservando-se no ser". Proclo diz que "além de todos os corpos está a substância da alma; além de todas as almas, a natureza inteligível e além de todas as substâncias inteligíveis, está o Uno”.[859]

Para alguns pensadores, segundo Abbagnano,[860] este "bem" ou Deus, ou ser, ou simplesmente ente, seria um "supra-ente" que estaria "além de todas as determinações concebíveis", inclusive do "ser ou da substância". Não há unanimidade entre os autores clássicos em situar este bem supremo ou a figura do bem supremo além do ser, transformando-o de algum modo em "nada".

Sem dúvida, é Santo Agostinho ou Agostinho de Tagaste que, superando os ensinamentos da seita de Fausto Maniqueu e depois de haver perpassado pelo pensamento platônico, pelo neoplatonismo, aristotelismo, é quem definitivamente situa este bem supremo, a quem designa "Deus", no centro da filosofia, da teologia e da história, ao fazer a ponte com todas as expectativas dos filósofos gregos com o cristianismo.

Neste sentido, segundo Agostinho, Deus sempre esteve dentro do homem, esta verdade tardiamente amada, uma verdade tão antiga e tão nova, e que o coração humano é inquieto e assim viverá enquanto não repousar em Deus, de onde veio e para onde irá. Eis o resumo das palavras do Santo de Tagaste em sua obra mais tocante, "as Confissões”.[861]

Portanto, as estruturas gregas de paradigma e modelos mentais advindos das exigências lógicas dos gregos em identificar o modelo dos seres e do universo, são em sua essência apropriadas por Jung, que edificará a sua teoria psicanalítica a partir da concepção de “arquétipos” retirada dos gregos.

Após processar todas as considerações conceituais dos gregos, Jung estabelece que os três principais arquétipos são o *animus* (imagem do masculino),

---

[859] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 970.
[860] ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**... p. 970.
[861] AGOSTINHO, Aurélio. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

a *anima* (imagem do feminino) e o *selbst* (si-mesmo), verdadeiro centro da personalidade. Os arquétipos constituem o inconsciente coletivo, base da psique, estrutura imutável, espécie de patrimônio simbólico próprio de toda a humanidade.

O fator fundamental da subjetividade é a dimensão do "eu". Sobre isso, Jung[862] explica que o tratamento com a psicologia do inconsciente trouxe realidades desconhecidas que, para serem descritas, ou ao menos para se dar uma ideia sobre o que seriam aproximadamente, exige a formulação de novos conceitos. Neste caminho, Jung cunhou o termo "si-mesmo" (*Selbst*) e esclarece que esta expressão não substitui o termo "eu", como empregado em outros contextos.

Para Jung, a expressão "si-mesmo" tem outra designação no contexto da teoria psicanalítica, há um sentido mais abrangente incluindo o próprio "eu" utilizado em outros contextos e designa o "si-mesmo" ou "self" como "aquele fator complexo com o qual todos os conteúdos conscientes se relacionam".

Para Jung,[863] a expressão "si-mesmo" tem outra designação no contexto da teoria psicanalítica. Há um sentido mais abrangente, incluindo o próprio "eu" utilizado em outros contextos, e designa o "si-mesmo" ou "*self*" como "aquele fator complexo com o qual todos os conteúdos conscientes se relacionam".

Jung[864] observa que a expressão *anima* designa as projeções do inconsciente, como sua produção espontânea, e manifesta-se das mais diversas formas como em sonhos, visões e fantasias. Essa projeção pode ser identificada porque se personifica e expressa as qualidades características de um ser feminino, contudo não se trata de uma figura substitutiva da mãe.

Jung[865] explica que esse elemento, *anima*, origina-se do arquétipo coletivo, estando presente em cada criança do sexo masculino. É um arquétipo que se manifesta no homem. A natureza correlata da alma implica em algo semelhante, contudo, correlato na estrutura psíquica da mulher, pois a *anima* é um fator de compensação feminino presente no masculino.

Jung[866] esclarece essa conclusão de que, se há um elemento feminino, no caso a *anima*, no homem, deveria haver um elemento masculino na mulher, no

---

[862] JUNG, Carl Gustav. **Aion**: estudo sobre o simbolismo do si-mesmo. Trad. Dom Mateus Ramalho Rocha. Petrópolis: Rio de Janeiro, 20, p. 13.
[863] JUNG, Carl Gustav. **Aion**... p. 25-26.
[864] JUNG, Carl Gustav. **Aion**... p. 25-26.
[865] JUNG, Carl Gustav. **Aion**... p. 25-26.
[866] JUNG, Carl Gustav. **Aion**... p. 25-26.

caso, o *animus.* Essa concepção arquitetônica dos elementos *anima e animus*, não é fruto de uma dedução lógico-dialética, mas sim objeto de criteriosa observação que demandaram "numerosas e demoradas experiências para captar empiricamente a natureza da *anima* e do *animus"*, sendo um trabalho pioneiro, logo provisório.

Conforme Abbagnano,[867] essa "representação da psique" é complementada por "tipos psicológicos". Estes tipos seriam as características individuais articuladas em torno da alternância introversão e extroversão, e por um processo de "individuação", que "conduz o ser humano à unidade de sua personalidade através de uma série de metamorfoses" (os estados freudianos).

Nesta perspectiva, a criança, ao nascer e crescer, "emerge" do "inconsciente coletivo" para ir até a individuação, assumindo a *anima* e o *animus*. Jung[868] desenvolveu sua teoria observando o comportamento característico do paciente na histeria e na esquizofrenia, mas sua análise serviu como padrão para a compreensão destes tipos de uma forma geral.

Jung[869] desenvolveu sua teoria segundo a qual as estruturas mentais definidoras do caráter, do inconsciente, e que afetam o indivíduo ao longo de sua vida têm a conotação de arquétipos. Ao analisar os tipos psicológicos, ele afirma que a intuição contida no temperamento introvertido e controvertido registra os fundamentos mais longínquos da mente humana, a que Jung chama arquétipos, sendo estes os fundamentos hereditários da estrutura inconsciente.

Explica Jung[870] que a natureza destes arquétipos é de caráter inacessível à experiência. Eles atuam no plano simbólico ao representarem as experiências psíquicas das gerações ao longo do tempo. São um resquício da experiência universal da humanidade que foi acumulando com o passar do tempo e acabou se concentrando em certos tipos. Os arquétipos são frutos de um processo de

---

[867] JUNG, Carl Gustav. **Aion**... p. 116. "O caráter de um homem é a direção em que ocorre o encontro entre esse homem e o mundo, ou entre esse homem e a sociedade: é o complexo de atitudes ou disposições para agir ou reagir em certa direção. Ora, no encontro entre o homem e o mundo, são possíveis duas atitudes fundamentais: ou o homem procura dominar o mundo, isto é, os objetos externos, assumindo uma atitude ativa, positiva, criadora, ou então procura simplesmente defender-se dele, fechando-se em si o mais possível; a primeira atitude é a *extrovertida,* que produz abertura, socialidade, isto é, freqüência de relações com os outros; a segunda é a *introvertida,* que indica fechamento, timidez e, em todo caso, relutância em relacionar-se *com os* outros e com as coisas (*Tipospsicológicos,*1913)".

[868] JUNG, Carl Gustav. **Tipos psicológicos**. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 25-26.

[869] JUNG, Carl Gustav. **Tipos psicológicos**… p. 429.

[870] JUNG, Carl Gustav. **Tipos psicológicos**… p. 429.

incontáveis repetições.

Esses arquétipos são todas as experiências da humanidade, de todo o lugar, de todas as eras, e quanto mais concentrada a ação repetida, mais marcante o tipo psicológico presente no arquétipo quanto mais numerosas e intensas tiverem sido.

Com a noção de arquétipo, Jung[871] se afastou radicalmente da categoria de universalismo da psicanálise freudiana, mesmo desejando encontrar o universal nas grandes mitologias religiosas. Na verdade, é antes com a ideia de *pattern*, próxima dos culturalistas,[872] que se poderia comparar o arquétipo.

No entanto, Jung, ao se interessar cada vez mais pelo estudo etnológico das civilizações ditas "arcaicas" e após visitar tribos indígenas no México, nos Estados Unidos e na África (no Quênia e em tantos outros lugares), adotou as teses da psicologia dos povos e afirmou que existiam diferenças radicais[873] entre as "raças", culturas e mentalidades.[874]

Concluída esta fase conceitual, definindo-se as acepções das expressões identidade, sujeito, subjetividade no âmbito da psicanálise sob o referencial teórico de Sigmund Freud, Carl Gustav Jung, Jacques Marie Émile Lacan, e segundo algumas tradições de ordem religiosa, como foi a experiência dos judeus ao longo do processo de revelação de uma faceta da divindade, e a história da religião judaico-cristã, que é exatamente a história da revelação divina, é possível adentrar ao estudo da sofisticada construção teórica de Michel Rosenfeld ao tratar da "Identidade do Sujeito Constitucional".

Para o jusfilósofo norte-americano Michel Rosenfeld[875], "a expressão plena da autoidentidade constitucional (*constitucional self Identity*) torna-se possível pelo "exercício imaginário que envolve a compreensão de todas as épocas numa apreensão simultânea de todas as variáveis interpretativas possíveis" aliadas a

---

[871] JUNG, Carl Gustav. **Tipos psicológicos**… p. 80.

[872] A perspectiva culturalista busca extrair do desenvolvimento das culturas certas máximas ou leis desenvolvendo uma relação entre cultura e personalidade, dá ênfase na construção e identificação de padrões culturais a que designa "*patterns of culture*", estilos de cultura ou forma de comportamento, o "ethos".

[873] Obviamente, se há diferenças radicais, não seria difícil surgir uma discussão sobre quais seriam as "melhores raças" ou as raças "superiores". Imagine-se esta teoria no contexto de um estado de agitação na Europa envolvendo os judeus e arianos. Mas este tópico pode ser discutido em outra ocasião.

[874] JUNG, Carl Gustav. **Tipos psicológicos**… p. 80.

[875] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003, p. 40-41.

capacidade de “destilar e condensar tudo isso numa narrativa coerente e confiável”.

Essa autoidentidade constitucional[876] se articula aos poucos por um "sujeito parcial" que a edifica de forma fragmentada com "elementos de um passado para um futuro incertos". Evitando um construto arbitrário, ela é suplementada por uma "reconstrução" que permita o vislumbre do sujeito constitucional, cabendo à reconstrução transformar tal vislumbre numa "imagem definida".

Assentado logo de início qual é a noção de Rosenfeld[877] sobre o que entende por sujeito constitucional, é possível compreender esta teoria de forma mais sistematizada. Observando-se que, mesmo que não se toque na temática de sujeito constitucional, este sempre estará presente, mesmo que implicitamente, em toda a elaboração teórica que se refira à questão do pluralismo, da amplitude dos direitos fundamentais ou dos mais diversos mecanismos tendentes a promover e a proteger tais direitos no âmbito da Constituição e nas relações desta com o constitucionalismo.

Rosenfeld[878] assinala que a primeira característica do sujeito constitucional e da identidade constitucionais é a sua “natureza evasiva”, primeiro destacando que o termo “sujeito” tem múltiplos sentidos, podendo por vezes se referir aos constituintes, ora àqueles que se submetem à Constituição, e ora até à própria matéria da Constituição.

De igual forma, o conceito de identidade constitucional também pode ser ambíguo se considerado no contexto de “outras identidades” como as “nacionais”, “étnicas” e “culturais”, sendo necessário, para uma identidade constitucional estabelecida, um amalgamento entre o passado e o presente dos constituintes e o futuro das gerações vindouras.

Rosenfeld, ao se referir à natureza evasiva do sujeito constitucional e da identidade constitucional, também considerava, além das complexidades acima, a incerteza quanto à interpretação dos fatos do passado e do futuro. Sempre se deve considerar as possibilidades de reconstrução conflitantes, daí a dificuldade de se estabelecer com clareza o sujeito e a identidade constitucionais, tanto quanto o é

---

[876] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 40-41.
[877] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 40-41.
[878] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 17.

estabelecer "fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos".[879]

Os textos constitucionais, especialmente se escritos, serão sempre incompletos, com múltiplas interpretações, constantemente reconstruídos, não conseguindo contemplar de forma exaustiva tudo e todas as possibilidades que precisa ou que deveria acolher. Razão pela qual não se pode compreender adequadamente a identidade do sujeito constitucional sem uma estreita relação entre Constituição e a interpretação da Constituição pela Suprema Corte, no caso da experiência constitucional norte-americana. É possível inferir desta assertiva de Rosenfeld que a clivagem entre Constituição formal e material seria um atentado à própria integralidade da identidade do sujeito constitucional.

No tocante às Emendas constitucionais,[880] estas podem alterar profundamente o sujeito constitucional originário ou mesmo negá-lo, como a Constituição da Hungria, a qual, desde 1989, alterou todos os seus dispositivos, mantendo apenas um que determinava ser Budapeste a capital do país.

Ou mesmo destruir a identidade constitucional, chegando-se a negar totalmente a identidade constitucional anterior. E não se trata aqui do processo revolucionário que conduz a um "nada jurídico", mas de um processo regular de alteração da própria Constituição, portanto, de mecanismos autofágicos formais.

É possível pensar na experiência brasileira em seu atual texto de 1988, o qual, ao estabelecer a República Federativa do Brasil, criou uma identidade constitucional. Essa nova identidade tem muitos pontos totalmente diversos tanto do ordenamento constitucional quanto dos usos e costumes constitucionais das instituições de poder estabelecidas antes de 1988.

Apesar de haver uma identidade constitucional identificada com o Estado Democrático de Direito e com a Democracia, as práticas em relação a essa Constituição, inclusive no interior dos próprios mecanismos burocráticos de poder, muitas vezes continuam absolutamente atreladas aos formatos não democráticos anteriores ao texto de 1988.

Com mais clareza, observe-se que mesmo a Constituição de 1988, que trouxe institutos como "a ampla defesa", "devido processo com o acesso aos meios a ele inerentes", "presunção de inocência até que houvesse uma condenação com

---

[879] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 17.
[880] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 20.

trânsito julgado", "a vedação à tortura", apesar de apresentar a mesma literalidade do texto anterior, não eram os mesmos institutos. Não foram eloquentes o suficiente para sanar as práticas já perpetradas no estado anterior.

Observe-se que a vigência do novo texto não foi o suficiente para romper de pronto com as barreiras que impediam advogados de atuar no plano dos inquéritos policiais, inclusive sequer tendo acesso aos autos. No plano administrativo, colocavam o administrado ou mesmo os servidores públicos, despidos de qualquer meio de defesa, uma vez acusados ou mesmo pleiteando qualquer tipo de direito, a tal ponto que se cogitou e de fato se efetivaram legislações que assegurassem os procedimentos administrativos tributários e administrativos[881] e mesmo assim direitos continuaram sendo violados ou ainda o são.

Só muito recentemente, em 2016, portanto quase 30 anos da Constituição, é que começou a ser firmado o postulado da presunção absoluta de inocência[882] de acusados.[883] Esse princípio teve reflexos no direito eleitoral e direito penal, mas ainda com pouca penetração no âmbito do Direito Administrativo, e especialmente no Direito Militar e Processual Militar.

Todos esses casos aqui declinados são a expressão do não reconhecimento de uma nova identidade do sujeito constitucional advindo com o texto de 1988. Daí a necessidade da interpretação constitucional para reconhecer o que parecia ser tão óbvio num primeiro momento, ao lado da própria Constituição, demonstrando-se também, mesmo que por outras vias, o grande sentido da teoria de Rosenfeld.

No caso brasileiro, de certa forma, o embate era entre aspectos culturais que não se arcavam a um novo Estado Constitucional, mas esses aspectos não poderiam mesmo sequer ser conciliados com o texto constitucional.

Rosenfeld,[884] ao analisar a questão da escravidão nos Estados Unidos após a Guerra Civil norte-americana iniciada em 1861 e encerrada em 1865, a maior chaga na história política e constitucional daquela grande nação, ainda hoje não superada de todo, destaca justamente o confronto entre a identidade constitucional e

---

[881] BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://bit.ly/483qvuF. Acesso em: 7 jun. 2022.

[882] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Relator: Ministro Marco Aurelio de Melo. Disponível em: https://bit.ly/4b6cO0D. Acesso em: 7 jun. 2022.

[883] Determina o art. 5º, LVII, Constituição Federal de 1988: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Estabelece-se o princípio da **presunção de inocência**, também conhecido por "princípio da não culpabilidade".

[884] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... 40-41.

outras identidades relevantes, tais como a nacional, étnicas, religiosas ou culturais, apontando para a imperiosa necessidade de haver limites à disseminação da identidade comunitária pré-política.

Em outras palavras, a identidade constitucional não pode deixar-se contaminar por outras identidades não constitucionais que tinham a sua força antes da Constituição estabelecer esta concepção entre as identidades constitucionais e não constitucionais, e dentre estas não constitucionais, pode-se mencionar as identidades de natureza nacional, étnica, religiosa, vida cultural e outras.

Um exemplo seria da questão religiosa: se no momento pré-constitucional a religião era integrante do Estado, como no Brasil pré-republicano (1891), ou ainda preponderantemente a religião cristã de tendência protestante como nos Estados Unidos da América até a Constituição de 1787, o novo sujeito constitucional necessitava se afastar destas outras identidades relevantes naquele contexto pré-constitucional ou pré-político.

Na sequência desta negação, o novo texto constitucional volta a ser atraído pelo sujeito constitucional, que afinal não pode de todo se desfazer de um elemento constitutivo que também integra geneticamente a sua própria natureza,[885] mas que ao mesmo tempo, não pode mais aceitá-la na intensidade de antes e nem na sua dinâmica de interatividade com a nova ordem constitucional.

Se, de um lado, necessita de uma barreira eficaz que separe o novo sujeito constitucional em busca de autonomia e de emancipação, e por isso precisa se afastar de outras identidades que o sufocavam, por outro, não pode de todo extirpá-las. Portanto, se antes a religião era um fato fortemente condensado e monolítico, o que não pode mais prevalecer, os elementos da religiosidade, se apresentados de outra forma, podem ser e precisam ser incorporados como aspectos de uma pluralidade religiosa, por exemplo.

Desta forma, não haverá o amalgamento entre a identidade religiosa e a constitucional que pode comportar em si o elemento do pluralismo religioso. Se não pode se pôr a serviço de “dogmas” religiosos únicos e fundamentais, de determinadas crenças, pode incorporar o fator religioso de outras formas diferentemente elaboradas.

---

[885] LARA, Paulo Cesar de; MALISKA, Marcos Augusto. **Nacionalismo e Tradicionalismo católico no Brasil a partir do século XX**. Anais da VIII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia. Volume 1, 2021, p. 425.

Também não bastaria pura e simplesmente confrontar uma identidade de forma negativa, pois isso seria muito abstrato e não enfrentaria de fato as demais identidades. Isso é evidenciado na situação dos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade de expressão que, se desligados de outras identidades nacionais ou culturais de relevância, não conseguiriam ser aplicados de forma correta e seriam por demais abstratos.

Os traços das demais identidades culturais, religiosas, étnicas ou nacionais continuam circulando em torno da identidade constitucional pela força da tradição e, de uma forma ou outra, acabam se infiltrando novamente, nulificando as barreias impostas na busca da autoidentificação das identidades constitucionais. Surge, então, a necessidade de uma reelaboração visando a incorporação desses elementos alheios à identidade do sujeito constitucional.

Rosenfeld[886] ilustra bem essa questão fazendo uso da temática da "liberdade de expressão". A liberdade total da livre manifestação de pensamento pode retornar e confrontar-se com a identidade constitucional de uma Constituição viva (*Living Constitution*) na forma de discursos extremistas, naturalmente ofensivos ao próprio sistema constitucional como um todo, o que demanda a elaboração desses elementos que, ao ficarem fora da identidade constitucional, geram perturbações ao sistema.

Se os elementos alheios ao núcleo formativo da identidade tinham conotações patogênicas na teoria psicanalítica freudiana, reclamando um processo de integração ou, no dizer de Jung, "individuação", é exatamente essa a imagem que emerge dessas ponderações

. Segundo o processo terapêutico utilizado na psicanálise, que é utilizado como método de trabalho, esses elementos precisam ser integrados para que não retornem na forma de manifestações doentias. A não integração das identidades não constitucionais ao sujeito constitucional pode levar a consequências terríveis no futuro.

O tema da escravidão nos Estados Unidos é uma categoria muito expressiva e eloquente para ilustrar a teoria rosenfeldiana, pois o texto constitucional norte-americano de 1787 se refere à expressão "nós, o povo", que, em um primeiro momento, tem uma conotação de "povo" como "homens que nascem livres e iguais".

---

[886] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 22-23.

Liberdade e igualdade parecem expressar também um aspecto da identidade do sujeito constitucional, estampadas explicitamente ao longo do preâmbulo da Constituição de 1787 (*all men are created equal*), da mesma forma como consta da Declaração de Independência de 1776.

Contudo, há uma questão semântica a ser considerada: qual seria o sentido de "povo"? Não se pode esquecer que os pais fundadores do texto constitucional, ao se referirem ao povo, o fazem com o "nós" na frente, "nós, o Povo". Portanto, o texto é deles e para eles. Quem eram eles? Um grupo de homens brancos e proprietários que, após discutirem o dia todo sobre liberdade e igualdade nos parlamentos e nas mais diversas reuniões políticas, chegavam em casa, onde seus escravos lhes tiravam as botas. Certamente, não era sobre esses servos negros e nem proprietários da própria liberdade que os textos humanitários do preâmbulo das Constituições e Declarações de Direitos se referiam.

Como esses homens “do povo”, os constituintes homens, brancos e proprietários, poderiam representar todos os que estavam sujeitos às prescrições constitucionais se os “negros escravos” estavam “excluídos desta categoria de povo”? Havia aqui de um lado o constitucionalismo enquanto movimento inclusivo de direitos, promotor da liberdade, da igualdade e um texto constitucional para quem os escravos não poderiam ser considerados como povo. A nova identidade constitucional negava a identidade constitucional que poderia levar em conta os negros enquanto homens destinatários de direitos e da liberdade.[887]

Quando surge uma lei federal dando direito à emancipação aos negros americanos, é a própria Constituição que se apresenta em sua 5ª Emenda à Constituição Norte-americana como a grande adversária da libertação dos escravos. Rosenfeld relata que já havia, há um certo tempo, a quinta emenda, a qual assegurava o direito ao devido processo para proteger o direito de propriedade.

Contudo, não havia sido antes interpretada com a intensidade e a dimensão que agora estava revestido, pois era neste dispositivo que os donos dos escravos baseavam o seu direito de propriedade, uma vez que previa na 5ª Emenda que ninguém será 'privado da vida, liberdade ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização’.

---

[887] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 26.

Essa disputa interpretativa, de significativas repercussões nas esferas política, econômica e, implicitamente, humanitária, atingiu seu auge em 1857 com o julgamento do caso mais emblemático e de consequências mais trágicas na história dos Estados Unidos.

Esse evento, de fato, desempenhou um papel crucial ao dividir a América do Norte em dois, destacando-se a figura de Abraham Lincoln, uma figura proeminente que se posicionou como uma "barreira entre dois ódios". Lincoln é considerado por muitos como uma das maiores personalidades políticas na história do povo americano.

No caso *Dred Scott × Sanford*, Rosenfeld aborda a questão de maneira que ressalta mais o que a identidade constitucional e o sujeito constitucional "não são" do que propriamente "aquilo que são". Para Rosenfeld, o sujeito constitucional e a matéria constitucional parecem ser mais uma "ausência do que uma presença", constituindo um "vazio no lugar da fonte última da legitimidade da autoridade".

Aqui, o sujeito constitucional não nega sua natureza indispensável; ao contrário, destaca-se a constante necessidade de reconstrução, pois é inerentemente incompleto e sujeito a aprimoramento em um processo contínuo de reestruturação.[888]

Rosenfeld[889] fundamenta a tese da ausência ou do hiato da identidade do sujeito constitucional a partir de elementos essenciais da teoria psicanalítica do sujeito de Freud e Lacan, combinados com a Teoria Filosófica de Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Para a constante reconstrução do sujeito, ele emprega ferramentas teóricas da "negação" através do método dialético de Hegel e da negação, metáfora e metonímia presentes nas teorias de Freud e Lacan.

Essas abordagens são utilizadas para analisar as limitações do sujeito constitucional, que enfrenta desafios significativos para se equilibrar em um contexto sociopolítico específico.

No caso *Dred Scott*, Rosenfeld[890] ilustra a exclusão dos negros do processo de integração da identidade do sujeito constitucional. O resultado dessa exclusão foi a eclosão da Guerra Civil norte-americana, que teve início em 1861 e encerrou-se em 1865, mergulhando a nação em uma tragédia sem precedentes.

---

[888] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 26-27.
[889] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 27.
[890] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 60-61.

As decisões constitucionais frequentemente acarretam custos, nem sempre perceptíveis imediatamente. A não integração dos diversos pluralismos que constituem a identidade do sujeito constitucional também possui um preço, representado pelos custos constitucionais mencionados por Cass Sunstein.[891]

Enquanto Sunstein discute os custos resultantes da falta de fidedignidade e integridade das decisões constitucionais, a compreensão dessas decisões, especialmente em questões já amplamente conhecidas atualmente, pode parecer relativamente simples. No entanto, em um momento marcado por narrativas intensas, argumentos persuasivos e poderosas influências de convencimento, a verdadeira identidade do sujeito constitucional muitas vezes acaba sendo sufocada. Nesse contexto, a defesa de determinadas decisões constitucionais em nome da democracia, da constituição ou do povo pode se tornar complexa, sendo suscetível a críticas e interpretações diversas.

Enquanto as Cortes, magistrados e operadores do direito negligenciarem a imperativa necessidade de respeito aos direitos humanos e à pluralidade, que são inerentes, ao tentarem ocultar a identidade do sujeito constitucional e sua busca por liberdade e reconhecimento na dignidade, sempre haverá custos a serem suportados.

Argumentos extremistas que negavam a liberdade aos escravos e violavam a dignidade de forma explícita são mais facilmente perceptíveis, como os que excluíam os negros da categoria de "povo" e até mesmo de "humano" em sua integralidade. A potência do sujeito constitucional era contida e esmagada à custa de diversas castas de dificuldades, múltiplas camadas de repressão, mas que um dia terão de cessar de uma forma ou outra.

Não se pode manter o rio eternamente cativo entre as margens durante as temporadas de incansáveis tormentas. É pouco provável que as repressões reiteradas às manifestações do sujeito constitucional, que o impedem de realizar sua natureza, de se integrar, possam se manter indefinidamente sem que, por outro lado, também criem um potencial de contra violência. Essa pressão, levada ao extremo da alma, pode resultar em rebelião.

---

[891] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. 1. ed. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

Assim como o arado que rasga o campo a ser semeado, abrindo caminho para as sementes serem lançadas no seio da terra e penetrarem, o amordaçamento do sujeito no subsolo da natureza humana eventualmente germinará nos formatos mais trágicos imagináveis. Essa manifestação se revelará nas patologias resultantes desse sufocamento reiterado, que impedem o indivíduo de prosseguir com sua "integralização" ou, nas palavras de Jung, negam sua "individuação", à qual todo ser tende como condição de autonomia e autolibertação. Neste caso, mais cedo ou mais tarde, isso se converterá em severas cobranças.

É precisamente nesse compartimento isolado, onde residem as potências da alma na linguagem da psicanálise, da psicologia individual e na psicologia de massas, que se encontra uma força rebelde e misteriosa. Essa força está na raiz de todas as rebeliões, guerras e revoluções. A natureza, por si só, carrega a sacralidade da liberdade e precisa fluir. Se a água mansa, que corre sem afãs, for represada, pode se enfurecer, rebelar-se e enfrentar obstáculos como árvores, rochas, homens, aldeias, continentes e civilizações.

O processo dialético de Hegel proporciona a consciência do "eu" a partir da diferenciação do "não eu". Esse contraste entre o eu e o outro é a base da dialética hegeliana, especialmente desenvolvida na obra "A Fenomenologia do Espírito". No contexto do constitucionalismo moderno, essa abordagem é utilizada para contrastar a identidade constitucional com outras identidades, como a cultural, a religiosa, a étnica ou a nacional. O reconhecimento do sujeito como sujeito só se torna possível a partir da "existência do outro".

Clarides Henrich de Barba[892] explica que, no período moderno da filosofia, Hegel analisa a peça teatral "Antígona" de Sófocles com o objetivo de elucidar a trajetória do espírito diante da história reflexiva da consciência. É possível estabelecer um paralelo entre o que de Barba relata sobre o pensamento de Hegel e a estrutura ontológica da construção rosenfeldiana, como será demonstrado.

A condição do sujeito constitucional pode ser metaforicamente comparada a um viandante ao longo das realizações históricas do constitucionalismo, onde há uma reflexão profunda da consciência sobre essa trajetória. de Barba[893] explana sobre a estrutura fundamental da tragédia de Antígona e o conflito estabelecido

---

[892] DE BARBA, Clarides Henrich. A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel: uma abordagem aristotélica. **Veritas**. v. 43, n. 4, dez. 1998, p. 986. Porto Alegre: Disponível em: https://bit.ly/4bgl4v5. Acesso em: 11 jan. 2024.

[893] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p. 992.

envolvendo a personagem homônima, abordando-o sob a ótica hegeliana. Isso envolve trabalhar com o processo de contradições e superações.

O cenário da história começa a se estruturar com a morte do rei Édipo e a vacância do trono real. Uma disputa emerge entre os dois filhos do rei, possíveis sucessores, resultando na morte de ambos, Etéocles e Polinices, filhos de Édipo e irmãos de Antígona e Ismênia.

Diante do trono vago, Creonte, tio de Antígona, assume o comando e emite um decreto que ordena honras fúnebres para Etéocles, mas não para Polinices. Além disso, proíbe expressamente o sepultamento de Polinices, alegando traição contra Tebas. Surge, assim, um conflito existencial,[894] pois Antígona e Ismênia não podem realizar o sepultamento do irmão, algo determinado por um ritual divino.

De acordo com de Barba,[895] a razão determina o pensar do espírito, que reflete sobre a consciência do conhecimento dos costumes vigentes. O espírito só é real no que tange à sua consciência de "ser", assim como o Estado, enquanto expressão do espírito de um povo, é uma lei que permeia toda a vida desse povo, incluindo seus costumes, consciência e cultura.

Para Hegel, o espírito de um povo evolui ao longo da história, refletindo sobre si mesmo as leis e costumes inerentes, tornando-se assim a expressão da vontade legítima desse mesmo povo.

de Barba[896] explica que o pensamento é determinado pela razão, a qual tem consciência de si ao longo do processo de conflitos, refletindo a manifestação da ação no estágio evolutivo da consciência do espírito. Surge um conflito evidente. De um lado, há a ação trágica, onde as verdades são refletidas pelo espírito, desenvolvendo-se ao longo da história da consciência.

No mito apresentado por Sófocles, dois núcleos são claramente identificados: de um lado, o conteúdo da lei humana, e de outro, a lei divina representada pelo costume familiar de enterrar os mortos.

de Barba[897] observa que Creonte age segundo a lei humana, estatal. Na construção hegeliana, a solução dos conflitos poderia ocorrer pela superação dialética das duas leis, através da síntese da superação da consciência ética. No

---

[894] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p. 993.
[895] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p.995.
[896] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p. 995.
[897] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p.995.

contexto da construção aristotélica da tragédia e na obra de Sófocles, há limites em que o pensamento se identifica como "racionalidade histórica", representado pela ação ética de Antígona. Esse pensamento torna-se reflexivo no momento da catarse, aparecendo como purgação do espírito, desenvolvendo-se ao longo da história da Fenomenologia.

Com o sofrimento de Creonte e seu dilema em proteger o Estado e suas leis, contrastado com o sofrimento de Antígona por não poder enterrar o irmão, foi possível o desenvolvimento e a evolução do espírito na ação trágica. Este desenvolvimento culmina na catarse, resultando na formação da autoconsciência ética.[898]

A reconciliação entre os dois planos da lei divina e humana se estabelece mediante um preço a ser pago, que é o sofrimento. É através desse sofrimento que ocorre a reflexividade da ação na construção do espírito evolutivo da consciência. O espírito do povo evolui historicamente a partir do momento em que suas leis e costumes se refletem sobre si mesmos,[899] rearticulando instâncias dialeticamente antagônicas.

A construção dialética da reflexividade da ação trágica na formação do espírito evolutivo da consciência em Antígona proporciona uma ponte de ligação com a identidade do sujeito constitucional rosenfeldiana. Isso ocorre na medida em que há também um conflito entre duas identidades: a identidade pré-constitucional, representada por valores éticos, culturais, religiosos etc., e a identidade pós-constitucional, na qual esses elementos devem se apresentar integrados internamente.

Rosenfeld[900] inicia o desenvolvimento de sua linha de pensamento com base no instrumental psicanalítico lacaniano. Ele conclui que, da mesma forma como a criança, ao estudar seu comportamento, supre seu vazio e se obriga a buscar sua identidade, o sujeito constitucional também cria uma identidade própria devido a carências e vazios. O vazio em questão ocorre entre a autoimagem dos constituintes da comunidade política constitucional pluralista.

Transpondo esse referencial teórico para o quadro da teoria constitucional, conclui-se que, de alguma forma, a autoimagem do constituinte originário precisa ser

---

[898] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p. 997.
[899] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p. 997.
[900] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p. 34-37.

inevitavelmente confrontada com a autoimagem dos diversos pluralismos que se apresentam ao longo do tempo.

Isso ocorre à medida que o constitucionalismo, para se articular com o pluralismo, "precisa levar o outro na devida conta". Isso implica que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade, distanciando-se historicamente das ideias e valores.

A partir deste ponto, Rosenfeld[901] aborda o aspecto da reconstrução do sujeito constitucional. Se a construção revela um vislumbre, é a reconstrução que conduz a uma imagem definitiva do sujeito constitucional. Daí a importância deste tema, pois a reconstrução da antinomia entre fato e norma, real e ideal, ocorre ao longo do "desenvolvimento" da identidade do sujeito constitucional. Este processo aponta para a tradição de grandes pensadores como Hobbes, Rousseau, Kant, Rawls e Habermas, entre outros.

No caso *Dred Scott*, mencionado anteriormente e utilizado para demonstrar a dinâmica do sujeito constitucional no cerne das estruturas de decisão, Rosenfeld avalia como a Suprema Corte se recusou a enfrentar o conflito e assumir que o escravo era dotado de personalidade jurídica. Portanto, não reconheceu a capacidade jurídica do escravo de praticar por si só os atos no cotidiano do exercício da cidadania. Isso serviu como ponto de partida para o embate constitucional em torno da questão da escravidão.

Ao agir dessa forma, a Corte negou a possibilidade de permitir que o espírito da constituição atuasse com reflexividade sobre os fatos, o que é condição para seu próprio desenvolvimento e evolução do espírito na ação trágica. Nesse contexto, poderia ter ocorrido a formação da autoconsciência ética, mesmo que o sofrimento nesse caso implicasse em um levantamento de parte do povo contra a Suprema Corte.

Contudo, esta última optou por não se submeter a esse risco, resultando na incapacidade de conciliar os extremos conflitantes, o que culminou em um sofrimento ainda maior.

Rosenfeld[902] aponta outra situação no âmbito da reconstrução, atribuída Ronald Dworkin, para, em seguida, assentar que o processo de reconstrução em um precedente, acabou desencadeando graves consequências sobre a identidade

[901] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p. 40-43.
[902] DE BARBA, Clarides Henrich. **A dialética da ação trágica na Antígona em Hegel**... p. 45.

constitucional norte-americana, referindo-se ao processo de interpretação da questão do direito constitucional, que envolvia o aborto enfrentado pela Suprema Corte Norte-americana em 1973, no caso *Roe v. Wade*.[903]

É importante considerar que Rosenfeld escreve em um contexto semelhante ao de Robert Alexy, no sentido de que ambos se referem às realidades constitucionais de seus respectivos países. Rosenfeld foca nos Estados Unidos, enquanto Robert Alexy aborda a Alemanha. Eles escrevem a partir de seus países e para os destinatários daquelas nações.

Portanto, buscar um transplante jurídico-cultural, simplesmente porque não funciona, não é a abordagem adequada. No entanto, isso objetivamente não significa que não se possa avaliar os institutos e os momentos históricos característicos da história constitucional de um povo para empreender estudos de direito comparado.

O caso *Dred Scott* encerra uma emblemática "construção criativa judicial", uma vez que nem o texto da Constituição, nem a jurisprudência da Suprema Corte forneciam subsídios claros para impor ou impedir a decisão tomada pela Corte naquelas circunstâncias históricas específicas. A tentativa era evitar um desgaste ainda maior no tecido social.

Nesse caso, o confronto entre as identidades de natureza religiosa, moral, política e outros elementos culturais, e a identidade constitucional, na busca pela sua autonomia diante da recusa em reconhecer Dred Scott como sujeito de direitos e obrigações, resultou em uma identidade constitucional norte-americana muito distinta da que teria ocorrido caso houvesse o reconhecimento.

Para contextualizar melhor essa discussão inserida em um ambiente social, político, religioso e ético marcado pelos eventos entre 1861 e 1865, período da Guerra Civil Americana, podemos considerar outro exemplo polêmico na atualidade. Um exemplo mais recente é o debate sobre o aborto, que teve início nos Estados Unidos nos anos 1950 e 1960.

Essa análise contemporânea permite uma compreensão mais profunda da relação entre os elementos pré-constitucionais e pós-constitucionais.

---

[903] VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula Roe *v.* Wade e estados podem proibir o aborto**. 24 jun. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3S472DO. Acesso em: 6 jul. 2022.

A decisão sobre o aborto nos Estados Unidos há quase 50 anos mergulhou a sociedade norte-americana em amargas controvérsias e gerou muitas pressões para a revisão do precedente ao longo do tempo.

Essa decisão provocou uma "crise na identidade constitucional dos americanos", implicando em um processo que busca justificar a questão a partir de novos elementos capazes de influenciar a composição das identidades constitucionais em busca de harmonização.

A mesma abordagem de Rosenfeld em relação ao caso *Dred Scott*, em que se discutiam os direitos constitucionais de um cidadão negro perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, pode ser aplicada à questão do aborto. Isso fica evidente na reviravolta do caso *Roe v. Wade*,[904] ocorrida há quase 50 anos. Novas questões surgem novamente, influenciando a composição das identidades e buscando harmonização.

A América do Norte, do Sul, Europa, Grécia e tantos outros países sentiram os efeitos de uma onda de choque em torno dos embates do sujeito constitucional, ora pendendo para um lado, ora para outro. Isso acabou abalando de forma muito inesperada a cena do direito constitucional norte-americano, que exercia e exerce grande influência no mundo todo. Por essa razão, serve como uma amostra eloquente ao se pretender analisar a aplicação prática dos conceitos de Processo Constitucional Substancial, tema correlato ao que foi desenvolvido até agora.

Em nome do substancialismo do processo, alguns transplantistas brasileiros têm utilizado de forma indiscriminada e irrefletida a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, acreditando que estão aplicando o direito internacional na perspectiva comparativista. No entanto, muitas vezes, simplesmente esquecem de considerar elementos como inculturação, tradições jurídicas, especificidades pontuais e metodologias diversas.

Para tanto, é indispensável analisar a dinâmica do mencionado caso norte-americano, que envolve o aborto, a fim de verificar os parâmetros de comparação. Dessa forma, toma-se este caso famoso e polêmico, que voltou a ser objeto de atenção nos Estados Unidos e no mundo todo em data recente, ao ser reavaliado após quase 50 anos do seu julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

---

[904] VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula Roe *v.* Wade e estados podem proibir o aborto**. 24 jun. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3S472DO. Acesso em: 6 jul. 2022.

Essa análise permitirá observar as interações de todos os elementos aqui tratados em meio às mais diversas versões do constitucionalismo moderno.

Desta forma, busca-se avaliar as manifestações do sujeito constitucional considerando a metodologia do Devido Processo Constitucional Substancial, empregada pela Suprema Corte norte-americana. Isso será feito sob o pano de fundo da análise pontual da reviravolta do caso *Roe v. Wade, 410 US 113* (1973),[905] que trata sobre a possibilidade do direito ao aborto naquele país. Em verdade, algo nunca decidido satisfatoriamente, mas que se imaginava que o precedente estava relativamente consolidado desde 1972 na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, pois, passados praticamente 50 anos.[906]

O problema constitucional levantado consiste em indagar as razões que levaram à alteração de um precedente tão significativo na história constitucional norte-americana, considerando a grande influência que aquela Corte possui no cenário mundial, bem como as consequências e reflexos dessa mudança. Para tanto, passa-se ao contexto da decisão originária e às peculiaridades que envolveram o julgado, buscando compreender os principais argumentos à época e atualmente.

É necessário identificar quais seriam os fatores determinantes para a alteração do famoso precedente e sistematizar algumas das posições mais respeitáveis quanto aos argumentos contrários e favoráveis à liberação do aborto nos Estados Unidos. Além disso, é importante analisar como essa questão poderia reverberar em outras sociedades, como no Brasil atualmente, com a finalidade de fortalecer os Direitos Humanos.

Essa análise deve considerar doutrinas como a do pluralismo jurídico, pois a questão é intrincada e contrapõe questões da pauta feminista em face ao direito à vida do nascituro.

---

[905] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)**. Disponível em: https://bit.ly/3Ucw0DG. Acesso em: 17 jun. 2023.

[906] Os precedentes judiciais cuja implementação no sistema jurídico brasileiro se tornou uma questão de vida ou morte do sistema judiciário pátrio, nos Estados Unidos ou na Alemanha por exemplo se fixam de tal forma que sua alteração depende de substanciais alterações no contexto sociocultural a tal ponto, que não mais se sustentam diante de novidades e situações em face das quais a manutenção dos precedentes é um caminho de difícil contorno. No entanto, no Brasil, a falta de metodologia, consistência, lógica sistêmica não foram suficientemente sanados com as novas regras do Código de Processo Civil de 2015, precedentes mudam de acordo com as estações do ano e isso é incompatível com um sistema judicial cuja lógica essencial são justamente a consistência e amadurecimento dos precedentes.

Naturalmente, o sentido semântico de direitos humanos não expressa a mesma realidade em cada contexto sociocultural específico. Pode-se defender o aborto nos Estados Unidos em nome dos direitos humanos, da liberdade ou da privacidade da mulher, e o aborto, como um desdobramento desta privacidade, com a mesma paixão que se defende a vida intrauterina no Brasil, também em nome dos mesmos direitos humanos.

Além disso, como se trata de um sistema diferente, com um método de decisão distinto e questões decididas há 50 anos, torna-se necessário recorrer a marcos teóricos que tenham características especiais para um estudo de direito comparado. Isso é fundamental para manter uma uniformidade científica no tratamento do tema, justificando o apoio em referenciais teóricos importantes familiarizados com o sistema constitucional norte-americano, como é o caso de Cass R. Sustein, entre outros, além das próprias fontes das decisões nos repositórios oficiais da Suprema Corte.

O caso julgado possui um voto com mais de 200 laudas, o que demonstra o cuidado em retomar o precedente e evidenciar as alterações no mundo ao longo das últimas décadas. Esse esforço visa pavimentar uma alteração no julgado, o que não deve ser nada simples, mesmo considerando uma técnica mais pragmática, herdada pelo sistema brasileiro a partir da tradição romana.

É importante mencionar também que, na verdade, a decisão, apesar de ter sido veiculada no mês de junho de 2022, vinha sendo objeto de polêmica desde o final do ano de 2021. Isso ocorreu especialmente a partir da divulgação de uma minuta de voto,[907] que acabou vindo a público. Desde esse vazamento de informações, os críticos começaram a apresentar seus contra-argumentos, como foi o caso de Cass Sustein.

Tal fato, em certo sentido, foi positivo, pois proporcionou um razoável período para a maturação das críticas aos fundamentos do voto do Juiz Alito. Essas críticas se confirmaram na versão final do voto, que inicialmente tratava de outro caso, mas que, ao final, redundou em uma decisão que obrigatoriamente revogou *Roe v. Wade*.

Além disso, esse movimento do sujeito constitucional está implicado em uma perspectiva mais ampla do papel da Suprema Corte, já que outras questões também

[907] VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula Roe *v.* Wade e estados podem proibir o aborto**...

foram decididas em um espaço curto de tempo e com conotações mais conservadoras, atribuídas aos novos juízes nomeados desde o governo Trump.[908]

Essas questões periféricas levam inevitavelmente a pensar cada vez mais no processo de constituição das Cortes Constitucionais, no poder imenso concentrado nas mãos de poucas pessoas e nos tipos de constitucionalismo que procuram identificar a melhor forma de exercer a jurisdição constitucional sem implicar no exercício de um constitucionalismo abusivo, como bem demonstram também as críticas do constitucionalismo democrático ou popular, cujos conceitos serão tratados mais adiante.

A abertura häberliana[909] dos intérpretes da Constituição tem implicações com a pretensão dos movimentos norte-americanos no sentido de "retirar a Constituição dos Tribunais". No Brasil, o tema é bastante sensível devido ao avanço do ativismo judicial, suas críticas, seus acertos e seus erros. A retomada da questão do aborto nos Estados Unidos aquece uma discussão que já vinha sendo tramada ardorosamente, ou seja, os limites da atuação do poder Judiciário.

Para uma compreensão mais aprofundada do conceito de Peter Häberle,[910] é importante notar que ao abordar o tema da interpretação, o autor parte do pressuposto de que a tradição jurídica universal tem mantido uma postura excessivamente restrita em termos de quem possui a legitimidade para participar desse processo. Ele destaca a importância do protagonismo dos participantes no processo de interpretação, apontando para a necessidade de transcender um paradigma de sociedade fechada, no qual apenas os intérpretes tradicionais da Constituição têm voz, em direção a uma sociedade mais aberta.

É necessária uma percepção mais ampla em relação ao avanço do Estado em temas sensíveis, como os direitos decorrentes da privacidade, enquanto se desenvolve uma abordagem sofisticada e adequada à proteção dos direitos de cidadania.

Isso inclui considerações sobre a vida em perspectiva e os limites da proteção estatal para formas de vida ainda incipientes. A questão central é: até que

---

[908] VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula Roe *v.* Wade e estados podem proibir o aborto**...

[909] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12-13.

[910] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**... p. 12-13.

ponto os tribunais podem decidir sobre o que constitui vida e que tipo de vida deve prevalecer? Em nome de quem e com qual autoridade?

Essa postura é inclusiva e pluralística em um sentido amplo, pois não parte da ideia de uma exclusão estatal ou de uma limitação popular. Pelo contrário, busca abranger um amplo espectro de sujeitos potencialmente vinculados, incluindo a totalidade dos entes estatais, todas as potências públicas, cidadãos e grupos. Não se restringe a um número limitado de intérpretes da Constituição, mantendo-se aberto a diversas perspectivas e contribuições.

Relembrando a expressão de Friedrich Nietzsche, é como se fosse um "eterno retorno". Séculos antes, o monge agostiniano Martinho Lutero reivindicava uma sociedade aberta, e talvez não tanto, mas uma abertura para livres intérpretes das Escrituras Sagradas, monopólio exclusivo da Igreja, sendo um dos motivos da Reforma Protestante. Häberle reivindica uma ampliação nas bases da legitimidade interpretativa, sem dúvida uma empreitada difícil, mas que não é sem outras consequências, simplesmente o direito a interpretar.

Por óbvio, tal direito traz consigo o dever de estar em condições mínimas para tanto. Do contrário, seria uma loucura pensar que todos, por qualquer razão, teriam o direito de interpretar como bem entendessem o texto constitucional em pé de mais absoluta igualdade. Afinal, em algum ponto, um tipo de interpretação teria de ter maior peso do que outro, o que exige um exercício de aperfeiçoamento e competências de igual forma.

Dessa forma, a proposta de Häberle não exclui o esforço, o aperfeiçoamento e o preparo necessários para apresentar-se como um intérprete universal do texto constitucional. A temática dos direitos reprodutivos, a dignidade da mulher e a proteção da vida do nascituro são questões complexas, onde elementos de ordem moral, religiosa e cultural sempre gravitam em torno do sujeito constitucional, assim como tantas outras.

Todo esse conjunto de transformações, contradições e reivindicações contraditórias constitui a matéria-prima da qual os tribunais precisam extrair a melhor interpretação do direito, considerando o momento histórico, datado e delimitado em suas circunstâncias e resultados.

Não seria exagero e até poderia se conseguir com relativa facilidade obter centenas de fontes oriundas dos mais diversos campos de conhecimento que atestem ter sido o século XX marcado por grandes transformações políticas e

culturais para a humanidade,[911] foi o século das grandes guerras mundiais, da implantação de regimes totalitários da polarização violenta das ideias opostas, e um processo de mudança de comportamento social, acelerado em parte pelo advento da tecnologia, em parte devido a diversos momentos trágicos pelos quais a humanidade passou mudando algo no ser humano, algo de humanidade se perdeu.

Eric Hobsbawm[912] encerra sua clássica obra sobre o século XX trazendo duas questões cruciais. A primeira delas aborda a natureza e o escopo das autoridades responsáveis pelas decisões em todos os níveis, incluindo instâncias supranacionais, nacionais, subnacionais e globais, individualmente ou em combinação. Ele questiona como essas decisões se relacionam com aqueles que sofrem as consequências resultantes. A segunda questão diz respeito à crise da Democracia Liberal, especialmente no que se refere à legitimidade do exercício do poder.

Hobsbawm[913] conclui sua obra destacando que o objetivo de seus escritos não era propor uma fórmula perfeita para resolver os problemas do fim do milênio, referindo-se ao Século XX. No entanto, ele sugere que suas reflexões podem ajudar na compreensão desses problemas e nas condições para sua resolução. Hobsbawm ressalta a escassez de conhecimento sobre os verdadeiros problemas do mundo e crítica a "extraordinariamente pobre" compreensão dos homens e mulheres que lideraram as grandes decisões públicas do século, pois muito do que aconteceu não era esperado ou previsto.

As conclusões de Eric Hobsbawm são, de fato, perturbadoras e podem ser percebidas nas duas primeiras décadas do século XXI. A ignorância, o desconhecimento e o despreparo continuam a ser variáveis presentes no mundo da política em todos os seus níveis, refletindo desafios persistentes na compreensão e enfrentamento dos problemas globais e locais.

Dentre essas imprevisões, é possível incluir, de certa forma, o movimento de contracultura, que se inicia a partir de indagações teóricas e rapidamente se difunde,

---

[911] HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Disponível em: https://bit.ly/3SvaMQc. Acesso em 15 jun. 2023.

[912] HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**... p. 442.

[913] HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**... p. 446.

principalmente associado a inovações tecnológicas e a certas particularidades vivenciadas, sobretudo, na cultura norte-americana.

Não é desconhecido desse período o surgimento, na segunda metade do século, do que seria chamado de movimento *hippie*, o qual teve grande influência na mudança de comportamento social, rompendo diversas formas tradicionais de organizar a vida cotidiana. Tal impacto perdura, e passadas cerca de 60 anos desde o início do movimento, diversos aspectos culturais, políticos e sociológicos ainda permanecem como elementos constitutivos em diversas culturas, especialmente nas sociedades mais receptivas à influência cultural estrangeira.

Reitera-se que, sem uma ambientação cultural minimamente detalhada, não é possível compreender as instituições e os fenômenos em torno de certos momentos culturalmente marcantes, que têm uma ligação intensa com a ideia de direitos, reivindicações, garantias e expectativas dos cidadãos em relação ao que deveria ou não ser providenciado pelos seus governos.

O movimento da contracultura, personificado na figura dos *hippies*, teve origem em uma parte da juventude bastante caracterizada, pertencente às classes alta e média nos Estados Unidos, representando assim uma camada social instruída. Essa juventude contestadora tinha como objetivo atacar o sistema vigente, argumentando que este contribuía para a produção de miséria, violência, guerras e angústias. No entanto, essa explicação é insuficiente para compreender totalmente o fenômeno, uma vez que o surgimento do movimento *hippie* resultou de diversas variantes e foi uma síntese entre múltiplas determinações.

O ativismo dos artistas, incluindo músicos, compositores, pintores, estilistas, literatos e artistas de diversas áreas, proporcionou voz ao grupo, e suas mensagens se difundiram dos Estados Unidos para o resto do mundo, alcançando o continente europeu. Este já estava passando por um período de grande inquietação social, culminando na Europa no famoso maio de 1968, quando as universidades francesas foram invadidas por hordas de jovens em plena rebelião.

Os desencantos com a quebra da economia norte-americana e mundial nos anos 1930, o advento da Segunda Guerra Mundial, a guerra na Coreia e a guerra do Vietnã nos anos 1960, cujas cenas de horror pela primeira vez chegavam aos lares das famílias norte-americanas através da televisão, foram alguns dos fatores que, aos poucos, gestaram essa rebeldia e a não aceitação dos valores que eram impostos.

Se, por um lado, intensificavam-se as campanhas estatais para fortalecer os valores opostos aos regimes totalitários que lançaram o mundo na guerra, por outro lado, não se apagavam as vozes de estudantes norte-americanos e jovens que retornaram da guerra. Esses passaram a denunciar a existência de pessoas passando fome também em países capitalistas como os Estados Unidos, repudiando o dinheiro e a mercantilização da vida humana.

Por outro lado, outros jovens repudiavam o materialismo representado pelo capital, buscando expressões mais espiritualistas para expor seus sentimentos de revolta. Eles adotavam certas tendências pacifistas. Do ponto de vista estético, começava a surgir um visual que destoava do tradicionalismo, cujas ideias eram combatidas, invocando a ideia de liberdade, leveza, pluralidade e cor.

Em suma, algo que destoasse da clássica visão dos chamados "homens de negócios" ou "homens sérios", ou ainda dos jovens bem-comportados. Surgia, assim, a utilização de barba nos homens, cabelos compridos e as moças com flores no cabelo, acompanhados por uma linguagem poética e musical.

Intensificou-se o processo de repelir a sociedade de consumo como estruturada tradicionalmente, o que implicou na importação de elementos culturais do Oriente, como roupas indianas e alimentação natural. Houve também a transgressão da própria linguagem, sendo de especial relevo a realização em 1969 do famoso festival do Woodstock, o qual representou o auge da contracultura em suas mais diversas expressões. As imagens desse evento seguiram para o mundo todo, inspirando, questionando e escandalizando a sociedade tradicional norte-americana e mundial.

Não há experiência mais forte, pulsante e culturalmente relevante de pluralismo jurídico do que o movimento artístico dos anos 1960 e 1970 e todo o seu extenso espectro. O teatro, a música, a poesia, a estética e a dança evocam um espírito do passado, quando as próprias comunidades ditavam sua forma de viver em conformidade com as normas daquele grupo específico.

Não é possível imaginar o intenso processo desencadeado com a luta pelos direitos civis na América, com irradiação para o mundo todo, sem a atmosfera da mística, da poesia e da força da juventude. É o pluralismo pulsante no tempo e no espaço que faz a própria história.

A juventude é o maior e mais importante elo na construção de processos de mudança social. Não é sem razão que as manipulações das redes sociais e de

outros meios de comunicação em massa vêm se aprimorando na gestação de gerações apáticas politicamente, desinteressadas socialmente e, até certo ponto, cínicas politicamente.

Isso ocorre porque o sistema está retirando delas o que há de mais estratégico, potente e sagrado em uma geração: o seu idealismo para transformar o mundo em algo melhor, mesmo com todos os riscos e apostas que isso possa implicar.

A presença no festival de grandes nomes artísticos da época acabou eternizando-o. A execução de diversas músicas consideradas até hoje como sucessos inesquecíveis, bem como seus autores e intérpretes, marcaram de forma inegável uma época. A execução do hino nacional norte-americano por Jimi Hendrix transmitiu uma mensagem sobre o amor ao país.

Naquele contexto, os símbolos nacionais não tinham "donos" e deveriam estar vinculados a expressões de liberdade, não sendo apropriados por facções, especialmente para promover o ódio e discursos de ódio em nome de um pseudopatriotismo. São lições difíceis de aprender até os dias atuais.

Quando Hendrix executou o hino dos Estados Unidos em 18 de agosto de 1969, ele praticamente o dinamitou. Naquela época, ainda existiam resistências às guitarras elétricas como uma forma de expressão musical "decente" nos Estados Unidos. Executar um hino em um instrumento considerado "menos digno", por assim dizer, seria considerado uma heresia. A versão executada foi repleta de simbolismos, sem mencionar o indescritível talento do artista, que foi o mais bem pago do festival e provavelmente o músico mais bem pago naquele período no mercado norte-americano.

Expressar-se por meio da poesia e da arte em um contexto de liberdade são manifestações extremas do sujeito constitucional. A proteção dos direitos fundamentais ocorre de maneira instituinte nas práticas simples da vida cotidiana e deve penetrar no tecido social com a expressão suprema e genuína desses mesmos direitos. Nesse caso, o ato simbólico de Hendrix se reveste de maior legitimidade, pois representa um anseio da geração interpretado da forma mais autêntica possível.

Foi como se fosse o dia da Independência da guitarra elétrica. Do ponto de vista de Hendrix, ele conseguiu extrair de sua guitarra sons que imitavam aviões de

ataque, fazendo alusão aos bombardeios com napalm no Vietnã, que causavam queimaduras terríveis nas vítimas das guerras.

Foi uma execução artística repleta de simbolismos ativistas e protestos contra a guerra, expressando contravalores em uma sociedade em que parte da juventude simplesmente não se submetia mais.

Para quem leva a sério os valores do pluralismo, ignorar as artes como forma legítima de expressão é algo inconcebível. Isso se deve, em parte, ao fato de que músicas e movimentos têm o poder de mudar leis e regimes, não o contrário. Um exemplo disso é o caso brasileiro e o golpe de 1964: a ditadura passou, mas as músicas que eram proibidas permaneceram.

Conquanto se queira dominar o espírito indomável dos artistas, músicos e poetas, a liberdade sempre encontrará um caminho aberto na alma desses criadores. Eles, mais do que aqueles que se autodenominam legítimos representantes do povo nos diversos parlamentos pelo mundo afora, são os verdadeiros guardiões da liberdade.

Um hino que antes instigava os jovens a participarem das guerras obscuras dos mais velhos e de seus interesses ocultos, agora era entoado pelos próprios jovens contra a geração mais antiga, expressando seus próprios interesses. Haveria algo mais plural e revolucionário do que isso? Estava consolidado o domínio do reino do poder das flores.

A força do movimento expandiu-se pelo continente americano, pela Europa e por todas as partes do mundo, com maior ou menor capacidade de penetração. Daí surgiram certos mantras como "faça amor e não faça guerra", "é proibido proibir" e muitos outros, característicos da época. É verdade que num ciclo que se retroalimentava entre a América e a Europa, a partir de movimentos de natureza filosófica e política, certos ou errados, os jovens fizeram algo, preferindo não se apegar ao mundo velho e às tantas hipocrisias usadas para fazer e justificar guerras e escravidões.

A luta por direitos civis como liberdade, dignidade, igualdade, a defesa da natureza, do meio ambiente, o fim das guerras, a militância contra as armas, os protestos contra a corrida armamentista entre o polo comunista e o capitalista, a violência e o poder dos Estados.

Enfim, todos esses eventos foram determinantes para semear as bases de uma nova sociedade e influenciar pessoas que estariam em condições reais de

decidir sobre essas questões em um futuro bem próximo. Foi o berço de um pluralismo político-cultural do qual mais tarde emergiriam os mais diversos tipos de pluralismos, incluindo os jurídicos.

Na construção da contracultura, todos os elementos eram bem-vindos, tanto os do socialismo utópico quanto os do anarquismo pacifista, como instrumentos que fornecessem meios de criticar o estado capitalista individualista. Desenvolveram-se noções em torno da organização da vida comunitária. Embora a sociedade sonhada, alternativa, possa ter sido utópica e não concretizada, os valores que a inspiraram foram fundamentais para fomentar movimentos democráticos e sustentá-los futuramente.

Certamente, havia outros aspectos mais delicados relacionados a essa construção, como a busca pela alteração dos estados de consciência por meio do uso de alucinógenos. Também surgiram questões ligadas à moral sexual, preocupações ambientais que negavam a lógica da poluição e da fumaça nas cidades, além de uma das questões mais complexas e relevantes: a revolução sexual. Essa revolução esteve intrinsecamente ligada ao movimento feminista, às novas expressões de religiosidade e à rejeição reiterada dos fundamentos éticos e morais da sociedade.

No contexto da revolução sexual, houve uma rediscussão sobre a situação da mulher, abordando temas como a pílula anticoncepcional, a emancipação feminina e o combate ao machismo. Essas discussões pavimentaram o caminho para debates mais profundos no futuro, especialmente no que diz respeito aos direitos de reprodução, à intimidade feminina e ao direito à privacidade.

Há um aspecto muito importante a ser considerado: o movimento era liderado por jovens estudantes intelectualizados provenientes das classes alta e média norte-americanas. Esses jovens passaram a se revoltar contra o emaranhado de mal-estar proporcionado pelas promessas e hipocrisias do Estado e do capitalismo. No auge de sua ingenuidade, talvez tenham acreditado na possibilidade de uma vida alternativa, algo diferente.

Contudo, não conseguiram o apoio, a orientação e a solidariedade da velha geração de que precisavam para mudar o seu mundo.

Contudo, apesar dos excessos e erros, prevalece a coragem desses jovens de sonhar, lutar e buscar realizar um mundo diferente do seu e do mundo contemporâneo, que é mais perverso, dominador e desesperançoso. Talvez, no

entanto, esse mundo já esteja ferido de morte pelas sementes semeadas pelas gerações de jovens que inauguraram a contracultura e causaram muitos problemas para os donos do mundo, egoístas e violentos.

A resistência cultural acabou gerando elementos contestadores de qualidades únicas, como Bob Dylan, The Beatles, Elvis Presley, Raul Seixas e toda a gama musical nessa linha, além de poetas e artistas diversos. Não apenas isso, mas também outros tipos de sujeitos históricos absorveram de formas diversas esse caldo cultural e o desenvolveram em seus vários âmbitos de atuação, como universidades, tribunais e o mundo corporativo.

Nesse último, ocorreu um estado de criatividade notável na área tecnológica, por exemplo, que projetou nomes como Bill Gates, Steve Jobs e, mais recentemente, Mark Zuckerberg, produtos de uma era diferente. Vale ressaltar o caso de Jobs, que não chegou a completar os estudos formais.

O movimento atingiu diversas denominações religiosas, organizações de trabalhadores, grupos estudantis, escritores, repórteres, religiosos e políticos, apesar da luta constante para sufocar as sementes da contracultura já disseminadas no mundo e na história. Vale observar que não se pode deixar de mencionar um pesado movimento de ultradireita em expansão no Brasil e no mundo, comprometido em reescrever a história, a geografia, as ciências em geral, a filosofia e até a religião.

Em um cenário como esse, é inevitável que o rock, os hippies e Woodstock não escapem de narrativas que buscam demonizar esse movimento. Essas histórias retratam os jovens como os "vilões" em um mundo conservador povoado por "heróis" que patrocinaram guerra após guerra. Velhos que promoviam conflitos para enviar os jovens para se sacrificarem, enquanto eles próprios se preservavam, contando os dólares conquistados em nome da liberdade nacional, da família, da pátria, da democracia e de Deus.

Kenzaburo Oe[914], um importante literato japonês contemporâneo, apresenta em sua obra um escrito atribuído ao artista William Blake, que conclama os jovens a despertarem e a usarem sua inteligência contra os "mercenários ignorantes" dos tribunais e universidades. O chamado sugere que, se possível, os jovens prolongariam indefinidamente as guerras físicas, enquanto minavam as batalhas da inteligência.

---

[914] OE, Kenzaburo. **Jovens de um novo tempo, despertai!** São Paulo: Companhia das Letras, 1983, p. 599.

Em seu escrito de 1969, ao narrar o surgimento da contracultura, Roszak[915], descreve, ainda na efervescência dos eventos, o interesse da juventude por temas como "psicologia da alienação", "misticismo oriental" e "drogas psicodélicas e experiências comunitárias".

Ele destaca que esses elementos fundamentam um conjunto de questões culturais radicalmente diferentes dos "valores e concepções fundamentais da nossa sociedade", alertando para a necessidade de um amadurecimento dessa cultura como condição para uma coesão social plena.

Theodore Roszak[916] adota a concepção de contracultura como um movimento cultural bastante restrito, excluindo a juventude mais conservadora, a juventude marxista que aguardava uma oportunidade para fazer valer os valores do marxismo e grande parte dos militantes jovens negros, para quem existiam certas especificidades a serem exploradas. Essa construção crítica, a partir de conotações étnicas, prenunciava a derrota desse movimento.

Roszak[917] sustenta que o tema é crucial, uma vez que, sem esse movimento, não haveria mais nada para a juventude dissidente e suas futuras gerações. O anseio por renovação e descontentamento radical é considerado a força motriz com o potencial de transformar a sociedade, proporcionando ao ser humano a oportunidade de se identificar e vislumbrar um futuro alternativo, apesar de sua fragilidade. Esse futuro seria caracterizado por uma "alternativa extravagante, exótica, com resquícios de concepções de esquerda, religiões do oriente, a teoria social anarquista, a sabedoria indígena norte-americana".

Observe-se aqui os elementos de um caldo cultural que inegavelmente constituem a base de um pluralismo cultural. Essa base é inegável ao concatenar dissidências, matrizes religiosas de naturezas distintas das ocidentais cristãs, outras concepções que não seguem a ideologia capitalista de direita, teorias anarquistas e ainda a cultura ameríndia.

Esse rico laboratório sociológico está na raiz de um tipo de pluralismo que ressoa nas instituições, costumes, leis e práticas emancipatórias, inclusive implicando em resistência civil e desobediência civil. Esses fenômenos são de imensa importância no desenvolvimento dos Direitos Humanos na América, na Índia,

---

[915] OE, Kenzaburo. **Jovens de um novo tempo, despertai!**... p. 8.
[916] OE, Kenzaburo. **Jovens de um novo tempo, despertai!**... p. 8.
[917] OE, Kenzaburo. **Jovens de um novo tempo, despertai!**... p. 8.

na África e em tantos outros lugares e tempos, tendo figuras como Gandhi, Mandela e Luther King como precursores de uma nova era em termos de luta pelos Direitos Humanos.

Para Theodore Roszak[918], seria responsabilidade de toda a sociedade fortalecer esses elementos a fim de impedir a consolidação de um totalitarismo tecnocrático que engenhosamente domesticaria o ser humano, adaptando-o "a uma existência totalmente alienada daquilo que sempre fez da vida do homem uma aventura interessante".

O Festival de Woodstock, registrado no documentário produzido por Michael Wadleigh, foi considerado, por alguns, como a realização de um sonho de liberdade.[919] O local do evento era amplo, mas improvisado, um lamaçal sem estrutura, alimento ou comodidades. No entanto, foi o suficiente para que centenas de milhares de jovens compartilhassem, por três dias, momentos de utopia, beleza e poesia, com os exageros já imagináveis em tais circunstâncias.

É óbvio que ao constatar esse influxo de energia, vitalidade e beleza, não se está ignorando todos os aspectos negativos que essa expansividade social trouxe. Isso inclui a irresponsabilidade nas relações dos casais, o problema das drogas conduzindo a processos de alienação, o descompromisso com a construção de um país necessitado de bons trabalhadores e operários qualificados, bons estudantes que mantivessem o sistema de ensino em perfeita ordem, e até mesmo músicas e costumes menos ousados do ponto de vista estético.

Contudo, todos esses fatores acima elencados são, na verdade, um modelo de mundo e de vida traduzido como as principais fontes de neuroses e desencantamentos da vida. Isso inclui a hipocrisia das convenções sociais que sustentavam uniões familiares pelos mais diversos interesses, menos por amor.

Deixar-se absorver pelo sistema sem questionamento para se adequar ao Exército, indo guerrear em uma guerra sem sentido, uma estrutura de ensino opressora e repressora, um trabalho sem paixão e, às vezes, sem remuneração justa, para suprir as necessidades de lucro do mercado, criava um padrão de vida que não passava de um processo profundo de alienação e infelicidade.

---

[918] ROSZAK, Theodore. **O nascimiento de una contracultura**: reflexiones sobre la sociedad tecnocrática y su oposición juvenil. 7. ed. Tritivillus: Epublibre, 2022, p. 8.

[919] CORREIO BRASILIENSE. **Woodstock**: um sonho de liberdade. 15 ago. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3Hu0UAb. Acesso em: 5 jul. 2022.

Somente a psicanálise pode abordar cada um dos tópicos mencionados acima e apenas citados a título de exemplo, assim como tantas outras questões que poderiam ter sido acrescentadas. Isso inclui a vivência em práticas religiosas alienantes, mantenedoras de estados de alienação, domesticação e dominação psicológica. Além disso, a obrigatoriedade de votar, quando o sistema político é uma realidade vergonhosa em certos países, e o voto apenas legitima ainda mais os abusos, é uma área que a psicanálise poderia explorar.

A experiência de Woodstock foi marcante ao considerar todo esse quadro contestatório, mas nem toda música tinha seu engajamento e sentidos explícitos. A simples beleza da arte tinha o poder redentor de curar as ilusões perdidas de uma geração. No palco de Woodstock, os músicos e as bandas se revezavam, alguns com excelentes *performances*, outros nem tanto. O relevante aqui é indicar este evento histórico como um marco muito importante no âmago da contracultura.

A contracultura, como fator de resistência, contestação e reivindicação de direitos, é a expressão vívida do pluralismo jurídico. Nessa atmosfera de muitas mudanças, observamos transformações na área das relações familiares, como o advento do período mais intenso do movimento *hippie*, a vida em comunidade e novas formas de expressão de afetividade desligadas dos conceitos clássicos de família e compromissos.

Atualmente, essas mudanças estão, inclusive, alcançando os Tribunais em uma atmosfera de grande complexidade, como é o caso das relações poliafetivas e as decorrentes consequências legais no plano da responsabilidade em relação aos filhos, patrimônio, herança, entre outros.

A geração *baby boomer*, surgida após a Segunda Guerra Mundial, ensaia novas formas de relacionamento, uma vez que os valores oriundos de suas famílias de origem não eram mais compartilhados pelos seus descendentes. Mesmo que a expressão famosa "paz e amor" se revelasse mais ilusória do que qualquer outra coisa, para aquele momento histórico, era o que valia como regra de lei e ordem em meio a uma desordem sem lei.

A simplicidade, o influxo de ideais da filosofia oriental e a valorização da natureza, numa concepção de vida avessa ao materialismo capitalista, eram dotados de uma força simbólica arrebatadora.

Obviamente, tudo foi se alterando, mas não foi somente a música de Woodstock o fator determinante; foi mais um capítulo na contracultura norte-

americana que também influenciaria o mundo todo. As roupas, a moda, o linguajar, o engajamento, as novas visões de mundo, tudo colaborou para uma concepção mais plural da vida humana e um questionamento ao acomodado individualismo.

A mensagem do Festival de Woodstock, que deflagrou a insurgência da juventude de classe alta e média nos Estados Unidos, foi pavimentada, entre outros fatores, por um livro[920] de valor histórico que ganhou notoriedade considerável, sendo sem dúvida um clássico.

Trata-se do livro "*On the Road*",[921] publicado em 1957, que somente em 1967 iria efetivamente explodir no contexto da América rebelde. O livro tornou-se indispensável aos jovens mochileiros cruzavam o país sorvendo das páginas do livro um sentimento que, ao que parecia, "nenhum outro podia expressar exatamente o que se sentia e vivia na sociedade nos fins dos anos 60."

Marcelo Abreu[922] enfatiza que a obra era o clássico da contracultura, e seu autor, Jack Kerouac, "construiu uma obra com o mito da estrada, do indivíduo desenraizado em busca de aventuras e, paradoxalmente, à procura da salvação espiritual". O início do chamado "verão do amor" não foi senão a explosão do movimento da contracultura nos Estados Unidos.

Forjaram-se termos e comportamentos; tornou-se moda a expressão "pegar a estrada", como botar o pé no mundo, ir, vir, ter vida e liberdade, questionar, viver a vida e, se preciso, abandonar as amarras formais que uma sociedade anterior não tivera coragem suficiente para fazer.

Trocar comodidade pelo desafio, abandonar emprego fixo e vida estável em troca da iluminação da estrada, de uma vida nômade.

Arnaldo Godoy[923] correlaciona o movimento jusfilosófico *Critical Legal Studies*, que surgiu nos Estados Unidos da América, ao ambiente de contracultura que caracterizou o ativismo de esquerda na década de 1970 naquele país, com a produção acadêmica de instituições como Harvard (em Cambridge) e Yale (em New Haven), seguindo a linha de pensamento de Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes Jr. e Louis Brandeis.

---

[920] ABREU, Marcelo. 50 anos de *On the Road*. **Continente multicultural**. ed. 82. out. 2007. Disponível em: https://bit.ly/3C_497iW6K. Acesso em: 5 jul. 2022.

[921] KEROUAC, Jach. **Pé na estrada**. Tradução: Eduardo Bueno. Porto Alegre: L&P Pocket, 2011. v. 358. Coleção L&PM Pocket.

[922] ABREU, Marcelo. 50 anos de *On the Road*. **Continente multicultural**...

[923] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Embargos culturais**: o movimento de contracultura do Direito dos EUA. 12 ago. 2012. Disponível em: https://bit.ly/4bno9cX. Acesso em: 5 jul. 2022.

Os trabalhos desses autores influenciaram os mais diversos âmbitos dos estudos jurídicos e têm sido explorados até mesmo atualmente, porém, muitas vezes, sem a devida compreensão e contextualização da formação dessas ideias e das influências em relação a esses autores. O "transplantismo" tupiniquim brasileiro, infelizmente, não contribui de maneira eficaz nesse sentido.

Godoy[924] também destaca uma forte influência do marxismo ocidental, especialmente da Escola de Frankfurt, com Max Horkheimer, Theodor Adorno e, em particular, Herbert Marcuse, qu

e chegaram aos Estados Unidos na década de 1940 fugindo da Alemanha nazista. Além disso, são perceptíveis traços do estruturalismo francês de Michel Foucault e Claude Lévi-Strauss, bem como da historiografia crítico-social de Edward Palmer Thompson e Max Weber. Estes pensadores viam a necessidade da organização normativa na realização da ação social, sendo efetivada através de categorias não jurídicas que demonstrassem um direito em ação e dinâmico, ultrapassando as limitações dos livros.

Godoy[925] destaca que outros renomados juristas nos Estados Unidos assumiram um papel fundamental no movimento, entre eles Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushnet, Morton Horwitz e Elisabeth Mensch.

Esses autores realizaram críticas contundentes ao liberalismo e ao positivismo, utilizando as modernas técnicas de desconstrução literária lideradas por Jacques Derrida. Suas contribuições marcaram uma abordagem crítica e transformadora no campo jurídico.

Esse conjunto robusto de tendências, ideias e concepções sofreu mudanças e especializações em novos nichos interpretativos ao longo da década de 1990, abrangendo temas como feminismo, criminologia, segregação racial, historiografia jurídica, liberdade, igualdade e hermenêutica constitucional.

O movimento e suas variações rivalizavam com o núcleo duro do movimento *law and economics* (Direito e Economia), ligado ao juiz republicano Richard Posner. Tudo isso acabou imprimindo uma certa originalidade desses estudos que marcaram fortemente o sistema de educação jurídica nos Estados Unidos.

---

[924] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Embargos culturais**...
[925] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Embargos culturais**...

O sistema de direito crítico dos Estados Unidos nunca foi predominante no ensino jurídico brasileiro. Apenas recentemente, o direito comparado vem recebendo maior atenção devido à amplitude dos estudos de pós-graduação em todo o país, destacando-se os estudos do direito crítico conduzidos por Antonio Carlos Wolkmer, Marcos Augusto Maliska e outros.

A leitura econômica do direito tem ganhado destaque na jurisprudência brasileira de maneira significativa. As análises sobre os direitos humanos à luz da economia, e não a economia à luz dos direitos econômicos, têm suscitado uma série de questões nos tribunais, demandando um estudo aprofundado.

Observa-se que a dignidade humana, os direitos fundamentais e os fundamentos da República muitas vezes são condicionados à economia antes de serem consolidados como possíveis e acessíveis, revelando uma corrupção sistêmica na qual os códigos da economia corrompem os códigos do direito, fazendo alusão a uma análise sistêmica luhmanniana.

O contexto histórico nos Estados Unidos, especialmente no início dos anos 1970, proporcionou um ambiente intenso e apaixonado em relação à questão do aborto. A discussão abrangia uma variedade de temas, desde direitos civis e de reprodução até questões sensíveis ao feminismo, liberdades individuais, privacidade, autodeterminação, considerações religiosas, morais, psicológicas e econômicas, além do direito à vida dos nascituros inocentes, que também clamavam por proteções legais. Toda essa mistura de elementos tornava o debate sobre o aborto extremamente dramático, demandando uma abordagem jurídica que ultrapassasse os padrões usuais da época.

No contexto complexo de profundas transformações, destaca-se o caso *Roe v. Wade*, mencionado anteriormente. No campo do Direito Constitucional, o sujeito constitucional assumiu diversas formas por meio das abordagens teóricas utilizadas como pressupostos epistêmicos em várias correntes constitucionalistas. Entre esses vários constitucionalismos, concebidos em um ambiente de pluralidade, destaca-se o constitucionalismo democrático.

A esse respeito, Robert Post e Reva Siegel,[926] ao discutirem o constitucionalismo democrático, utilizam como pano de fundo o famoso caso na história constitucional norte-americana. Este caso gerou intensos debates sobre a

[926] POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

interpretação da Constituição, seus limites no âmbito político e jurídico, ao mesmo tempo em que discutia a questão do direito ao aborto.

Os autores abordam o caso *Roe v. Wade* por meio de diversos enfoques, retomando assim o assunto introduzido anteriormente e analisando-o sob diferentes perspectivas relevantes.

Robert Post e Reva Siegel narram que, em 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou um caso envolvendo uma jovem de 22 anos. Essa jovem, cujo nome real é Norma McCorvey,[927] estava grávida do terceiro filho. McCorvey já havia perdido a guarda dos dois filhos anteriores devido ao seu estado pessoal, que envolvia falta de trabalho fixo, uso de entorpecentes e vida nas ruas. Diante dessa situação, McCorvey não desejava ter o terceiro filho e procurou meios para realizar o aborto.

Norma, conhecida como Roe, residia no Estado do Texas, que, na época, possuía leis restritivas quanto à prática do aborto, permitindo-o apenas em casos de risco à vida da gestante e algumas outras variações, refletindo, de certa forma, a situação jurídica atual no Brasil. No caso de Norma/Roe, seu pedido para realizar o aborto foi indeferido pelo servidor responsável, Wade.[928]

Roe, uma jovem de baixa renda, não tinha recursos para custear o procedimento e nem podia se deslocar para outro estado que permitisse sua solicitação. Diante disso, ela se viu compelida a procurar uma clínica clandestina em Dallas, que, na época, estava "interditada" pelo serviço de vigilância sanitária da cidade devido à falta de higiene e funcionamento à margem da lei.

O caso *Roe v. Wade*[929] poderia facilmente ter passado despercebido entre muitos outros; no entanto, no cenário político da América, marcado pelo contexto da contracultura previamente mencionada, transcendeu a mera questão de saúde pública. Embora alguns pudessem considerar essa justificativa suficiente, as ramificações foram além do que se poderia inicialmente imaginar.

Era o confronto de um novo paradigma em que se debatiam direitos reprodutivos, intimidade, liberdade, feminismo e direitos civis. Era uma busca por

---

[927] XAVIER, Luciana Pedroso; LUCCCHESI, Guilherme Brenner. O caso *Roe vs. Wade* e o sistema de litígio estratégico nos Estados Unidos. **Conjur**. 23 abr. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3Of05Pn. Acesso em: 31 jan. 2024

[928] O fiscal de distrito do Condado de Dallas (Texas), Henry Wade, representava o Estado do Texas, que se opunha a legalização do aborto.

[929] **ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Disponível em:** https://bit.ly/3Ucw0DG**. Acesso em: 17 jun. 2023.**

autoafirmação diante de uma estrutura que se opunha aos interesses e anseios das jovens mulheres de uma época diferente. Vale ressaltar que não se busca emitir juízos valorativos, apenas compreender o caso numa perspectiva descritiva.

Roe buscou amparo no poder judiciário durante os primeiros três meses de gravidez, um período que, à época, era considerado uma estimativa científica ou um marco temporal que permitia o aborto sem implicação criminal conforme a legislação vigente.

Para fortalecer seus argumentos, Roe alegou, de forma não comprovada, ter sido vítima de estupro, buscando o auxílio legal de suas advogadas, Sarah Weddington e Linda Coffee. Essas ativistas da causa acreditavam que as mulheres eram frequentemente injustiçadas em tais situações e viam a necessidade de um caso concreto para afirmar e validar suas convicções.

A questão constitucional foi admitida por atender a todos os requisitos formais complexos, como explicam Robert Post e Reva Siegel.[930] Sem esses requisitos, a Suprema Corte não teria aceitado o caso de acordo com as normas administrativas, regimentais e legais vigentes naquela Corte.

Ao final, o caso foi aceito e, por uma maioria de 7 votos a 2 (considerando que a Suprema Corte tem 9 juízes), estabeleceu-se o precedente do aborto no caso conhecido como *Roe v. Wade*. Essa decisão reconheceu uma relevância ou repercussão geral que impactava toda a sociedade.[931]

A Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que, além dos casos explícitos de violência e risco de vida para a mulher, o aborto foi interpretado como um "desdobramento" do "princípio da privacidade e intimidade". Consequentemente, reconheceu-se o direito da mulher ao aborto. No entanto, no caso específico de Roe, a decisão veio tarde, pois a criança nasceu e foi entregue para adoção.

---

[930] **Primeiramente, é necessária a existência de algum "caso ou controvérsia", segundo o artigo III da Constituição e a presença de b) alguns requisitos formais, como: a) Legitimidade ativa demonstrada com a existência de algum interesse real em jogo (***standing);* b) Não **se pode questionar a constitucionalidade de leis em tese; c) O litígio estratégico torna-se o principal meio de levar casos polêmicos à jurisdição da Suprema Corte; d) Não basta que simplesmente um Autor real, a pessoa, pois a Suprema Corte tem discricionariedade na escolha de casos que serão julgados. Estima-se que de uma média de 7 mil processos recebidos a cada ano, apenas cerca de 100 a 150 tem o** *writ of certiorari* **concedido; e) É preciso, assim, se encontrar o "autor perfeito". Idealizado, utilizado, em algumas situações, como mero instrumento de acesso ao Poder Judiciário.**

[931] Mecanismo parecido foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro quando se propõe Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal federal.

Após esses eventos, de maneira contraditória, Jane Roe transformou-se em uma "ativista contra o aborto", unindo-se ao movimento Provida. Ela afirmou ter sido "enganada pelo sistema" e até buscou judicialmente anular a decisão que inicialmente a beneficiou, sem obter sucesso.

Roe, após uma vida tumultuada e ter sido a protagonista de uma questão tão polêmica como o aborto em uma sociedade notoriamente conservadora como a norte-americana, faleceu em 2017 aos 69 anos. No entanto, pouco antes de sua morte, teria declarado ter recebido dinheiro de instituições conservadoras nos Estados Unidos para apoiar campanhas contra o aborto. Essa revelação levou à especulação de que a questão estivesse encerrada.

A crescente confiança nas decisões judiciais em matéria constitucional atingiu seu ápice durante a denominada Corte Warren e o período imediatamente subsequente. Os tribunais eram reconhecidos como espaços centrados em princípios, conforme afirmado pelo jurista norte-americano Ronald Dworkin,[932] sendo considerados locais privilegiados para a disseminação da razão humana última.

De acordo com alguns progressistas que seguem a teoria do "constitucionalismo popular", propõe-se, de certa forma, "devolver a Constituição ao povo". Enquanto isso, outros destacam a importância da prudência judicial, incorporada no minimalismo.[933]

Sem a dinâmica dialética do sujeito constitucional enfrentando as vicissitudes, não há maturação nem evolução do ponto de vista ontológico. Nesse contexto, a contradição é vista como um meio de aperfeiçoamento, pois, sem contradição, não há progresso. Essa tensão entre o direito e a política é irradiada pela "democracia constitucional" nos Estados Unidos.

E por que democracia constitucional? Não é simplesmente a democracia baseada no consenso popular ou no ato de votar, mas sim um sistema que incorpora mecanismos mais sofisticados para conter os potenciais aspectos prejudiciais da democracia popular representativa. Essa abordagem contrasta o elemento quantitativo, relacionado à quantidade de votantes e governos majoritários, com o elemento qualitativo, que engloba a qualidade especial dos decisores, como juízes, tribunais, a comunidade de juristas e especialistas.

---

[932] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

[933] Entende-se por minimalismo as análises mais restritas de certas questões e maximalismo as análises e interpretações em sentidos mais abrangentes.

No entanto, aqueles que pensavam que essas questões estavam definitivamente resolvidas não poderiam antecipar que, 50 anos após o caso Roe v. Wade, a Suprema Corte revisitaria o tema do aborto, alterando significativamente o cenário constitucional norte-americano. O fato é que a cultura dos precedentes nos Estados Unidos, assim como na Corte Constitucional da Alemanha e em outras realidades, é resultado do amadurecimento, do convencimento e de uma certa sabedoria no sentido de proporcionar maior coesão às decisões e tradições constitucionais.

Existem sérios problemas sistêmicos relacionados à condução da política judicial dos precedentes, que, por vezes, são modificados em questão de meses sem qualquer sustentação de coerência, racionalidade, adequação ou razoabilidade. Simplesmente decidem, e apesar das mudanças estruturais processuais, como no caso do Brasil, a questão é mais complexa; trata-se de uma cultura e uma tecnologia ainda não plenamente assimiladas no imaginário dos operadores e aplicadores da lei.

Os analistas constitucionais, como Sustein, ao referirem-se às especificidades do sistema norte-americano, apontam para um crescente movimento de retrocesso nas decisões progressistas, exemplificado pelo caso *Roe v. Wade* em junho de 2022, juntamente com outras decisões que indicam a influência crescente do conservadorismo no âmbito da Suprema Corte.

David Landau[934] aponta para um fenômeno cada vez mais relevante, ao qual denomina de "constitucionalismo abusivo", que envolve o uso de mecanismos de mudança constitucional por meio de emenda constitucional ou "substituição constitucional".

Esse fenômeno visa minar a própria democracia, e Landau enfatiza que, embora os métodos tradicionais de derrubada democrática, como golpes militares, estejam em declínio há algum tempo, ainda existem ferramentas constitucionais para estabelecer regimes autoritários e semiautoritários, meios estes que permanecem ativos e se tornam cada vez mais prevalentes.

O autor alerta para a possibilidade de que presidentes e poderosos partidos políticos em exercício tenham todas as condições para arquitetar mudanças constitucionais, criando obstáculos para que instituições como tribunais possam

[934] LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **Davis Law Review**, University of California, v. 47, n. 189, 2013, p. 189-191.

conter os excessos no exercício do poder. Dessa forma, as constituições resultantes podem aparentar ser democráticas, mas, quando examinadas mais de perto, revelam diversos elementos que não diferem substancialmente das encontradas em constituições democráticas liberais.

Ao observar com maior atenção, nota-se que foram significativamente retrabalhadas para minar a ordem democrática. Embora ainda ocorram eleições, por exemplo, não há um total autoritarismo, mas os processos são "significativamente menos democráticos" do que eram anteriormente.[935]

Por fim, Landau[936] adverte que o problema do constitucionalismo abusivo permanece “amplamente sem solução, visto que os mecanismos de defesa democrática tanto no direito constitucional comparado quanto no direito internacional são amplamente ineficazes contra ele”.

Estorilio e Benvindo[937] aprofundam ainda mais essa análise, indicando o próprio Supremo Tribunal Federal como um agente do Constitucionalismo Abusivo. Eles afirmam que, quando David Landau utilizou a expressão "constitucionalismo abusivo" ao se referir ao "uso regular e coordenado de mecanismos constitucionais para fragilizar a ordem democrática", atingiu um sentido de "inédita precisão”.

Eles afirmam que, no contexto de Cortes Constitucionais, embora seja considerado ideal que a argumentação judicial seja o pré-requisito que confere validade à decisão, carregando internamente raciocínios, conceitos e previsões que se desenvolvem a partir de premissas teóricas e práticas, o objetivo é expor a legitimidade e a coerência da corte para se definir como "guardiã da Constituição”.

Observa-se que, neste contexto, o jogo não é tão claro como na disputa entre Carl Schmitt e Kelsen sobre quem teria a legitimidade para assumir o encargo de guardião da Constituição - se o chefe do executivo ou uma corte constitucional. Aqui, a discussão é mais complexa, sutil e de difícil delineamento. Estorilio e Benvindo[938] enfatizam que as decisões podem, ao mesmo tempo, refletir finalidades externas e obscuras para as quais se direciona um posicionamento.

---

[935] LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**… p. 189-191.

[936] LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**… p. 189-191.

[937] ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, n. 1, 2017, p. 173-192. Disponível em: https://bit.ly/3SxJby5. Acesso em: 24 jan. 2024.

[938] ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. **O Supremo Tribunal Federal**... p. 174.

Não são raros os casos em que o Supremo Tribunal Federal assume o papel de oráculo decisório. Ao adotar uma postura pragmática, torna-se, assim, o próprio poder judiciário, por meio de seu órgão supremo, um agente central na promoção do constitucionalismo abusivo. Isso ocorre ao interpretar a Constituição contra ela mesma e contra o próprio povo.

Estorilio e Benvindo[939] ilustram seu argumento referindo-se ao crescente aumento de pesquisas empíricas que denunciam as práticas operadas por esse constitucionalismo abusivo. Contrariando grande parte de seu discurso, passou-se a constatar que suas decisões, não raramente, buscam mitigar o crescente conflito político em casos de forte desacordo moral. Além disso, observa-se uma postura corporativa e agenciadora de interesses com os outros poderes.

Nos últimos anos, o debate sobre os conflitos entre os poderes em questões de desacordo moral tem ganhado cada vez mais destaque na academia. Os estudos alertam[940] para a necessidade de desvendar as motivações e práticas geralmente implícitas e, ao mesmo tempo, desmistificar a tão aclamada potência da jurisdição constitucional na defesa do constitucionalismo. Isso se reflete nas posturas do Supremo Tribunal Federal, que adota estratégias que claramente buscam fortalecer os interesses corporativos e particulares.

O condicionalismo democrático propugnado por Robert Post e Reva Siegel parte da premissa de que é necessário retirar o domínio da Constituição e dos tribunais, devolvendo-o ao povo como condição para a continuidade de um sentimento de pertença ao destino comum e a questões comuns. Isso seria alcançado por meio do legislativo, permitindo a discussão das leis, o que possibilitaria analisar e compreender certas práticas relacionadas aos direitos constitucionais. Isso ocorreria no contexto de uma cultura constitucional naturalmente marcada por controvérsias.

A essa posição, insurgem-se aqueles que defendiam a preponderância do "reinado dos juízes" como "intérpretes últimos da Constituição". Essa visão pode ser popularmente resumida na expressão de que "a Constituição seria o que os Juízes Constitucionais dissessem que ela é". Nesse debate, há uma clara divisão entre as concepções mais "progressistas" e as mais "conservadoras".

---

[939] ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. **O Supremo Tribunal Federal**... p. 175.
[940] ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. **O Supremo Tribunal Federal**... p. 175.

Os partidários "conservadores" defendiam o "originalismo"[941] como estratégia de contenção do projeto constitucional liberal iniciado na Corte "Warren",[942] que enfrentou as grandes que enfrentou grandes lutas constitucionais pelos direitos civis nos Estados Unidos, sem sucesso por vias legislativas ou administrativas.

Essa concepção de constitucionalismo democrático implica no reconhecimento do poder judicial na interpretação constitucional, mas vai além disso. Acrescenta-se a importância das decisões legislativas, pronunciamentos da administração pública e reivindicações dos movimentos sociais.

Todas essas instâncias são consideradas legítimas para a definição de como "dialogar com outras instâncias"[943] o debate constitucional. Cabe à Corte Constitucional um lugar especial para traduzir as demandas populares em termos jurídicos, mas é vedado a ela o poder supremo de ser o oráculo único e irrecorrível das questões constitucionais.

Absolutamente todos esses temas e abordagens agora explorados são indispensáveis para pavimentar o caminho na compreensão das complexidades de um processo constitucional substantivo, contextualizado na prática e na cultura do exercício do direito no sistema norte-americano. Isso é essencial para entender como esse conceito pode ser aplicado e compreendido no Brasil. As temáticas desenvolvidas no constitucionalismo norte-americano têm aplicação não apenas no Brasil, mas em diversos contextos, refletindo desafios e dinâmicas compartilhados em diferentes sistemas jurídicos.

De maneira semelhante, em outros países, ocorre a manipulação do poder por parte das Cortes Constitucionais, ao mesmo tempo em que são adotadas estratégias para conter o poder dos juízes. Isso leva à discussão sobre o ativismo

---

[941] O "originalismo" buscava aproximar o sentido das interpretações constitucionais dos momentos "fundadores" da Nação Norte-Americana, de acordo com o que os "Pais fundadores" teriam imaginado como soluções, enraizando-se nas "origens do surgimento da Constituição". O originalismo servia como estratégia para tentar enfraquecer a preponderância das decisões dos juízes da Suprema Corte. Não se utiliza aqui o termo "ativismo judicial" neste momento, pois não cabe e nem se deseja confundir com as correntes que explicam a influência maior do Judiciário do que dos outros poderes.

[942] A Corte "Warren" era assim chamada por referência ao Juiz da Suprema Corte, o Justice Warren, que a liderou durante os anos sessenta, período em que o legislativo não avançava na legislação de proteção aos direitos civis nos Estados Unidos. Nesse contexto, o Judiciário teve um protagonismo maior, como se estivesse "suprindo o déficit" do Congresso.

[943] Em princípio, pode-se afirmar que o Constitucionalismo Democrático se aproxima da visão da Constituição como uma "sociedade aberta de intérpretes" de Peter Häberle e da visão de um Estado de Direito Cooperativo de Marcos Augusto Maliska.

judicial, embora dentro de parâmetros mais esclarecidos. Os avanços constitucionais e democráticos, que em certos momentos se tornam imperativos de ordem democrática, republicana e humanista, como foi o caso das decisões antirracismo nos anos 1960 nos Estados Unidos, não deixam de ser uma forma de ativismo judicial. No entanto, é um ativismo de outra espécie, estrutura e motivação.

Na imprensa,[944] foi noticiado que a Suprema Corte dos Estados Unidos suspendeu, em 24 de junho de 2022, as proteções constitucionais para o aborto legal que estavam em vigor há quase 50 anos, referindo-se ao caso *Roe v. Wade*. Cerca de metade dos Estados agora pode proibir o aborto. O caso original foi julgado em 1973 e autorizou a texana Norma McCorvey, citada com o nome genérico de "Jane Roe".

A matéria indica[945] que esse resultado seria o culminar de décadas de esforços dos oponentes do direito ao aborto, impulsionados por uma corrente conservadora fortalecida por três novas nomeações naquela Corte. Isso teria colocado o Tribunal em desacordo com a maioria dos americanos, que, segundo pesquisas de opinião, seriam favoráveis à preservação de *Roe v. Wade*.

A matéria informa[946] que cerca de 70% dos norte-americanos são a favor da permanência de *Roe v. Wade*. O veredicto histórico da Suprema Corte americana, que legalizou o aborto e colocou o país na vanguarda dos direitos reprodutivos, completa 50 anos.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a cada ano são realizados 73 milhões de abortos em todo o mundo, sendo que 45% deles ocorrem em condições inadequadas, frequentemente como resultado de sua criminalização. Além disso, outra pesquisa[947] recente do Instituto Guttmacher, envolvendo mulheres americanas que tiveram acesso ao serviço ao longo deste meio século de liberação, revela que 63% delas afirmaram que isso lhes permitiu cuidar melhor de si mesmas e de suas famílias. Adicionalmente, 56% conseguiram se sustentar financeiramente sozinhas, enquanto 51% conseguiram completar seus estudos.

---

[944] VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula *Roe v. Wade* e estados podem proibir o aborto**...
[945] VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula *Roe v. Wade* e estados podem proibir o aborto**...
[946] VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula *Roe v. Wade* e estados podem proibir o aborto**...
[947] VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula Roe v. Wade e estados podem proibir o aborto**...

A Suprema Corte dos Estados Unidos[948] iniciou o julgamento de um caso no final de 2021, sendo concluído em junho de 2022. O caso envolve o Departamento de Saúde do Mississippi e a Jackson Women's Health Organization, uma clínica especializada na saúde da mulher que realiza procedimentos de aborto no estado do Mississippi.

O caso teve início com um pedido administrativo feito pela Clínica Jackson Women's Health Organization, relacionado a procedimentos de aborto. O pedido foi negado pelo responsável do setor de saúde, chamado Dobbs, com base em uma lei do Mississippi que proibia a prática de aborto após o decurso de quinze semanas desde a concepção. Diante disso, o caso ficou conhecido como *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* e foi levado à Suprema Corte, conforme é comum a denominação dos casos perante essa Corte Constitucional desde a sua origem.

O caso foi levado a juízo pela clínica de aborto Jackson Women's Health Organization e por um de seus médicos. Tanto na primeira instância quanto junto ao Tribunal Estadual, foi reconhecida a inconstitucionalidade da lei proibitiva do Estado do Mississippi. O argumento da Clínica era que a lei violava os precedentes da Suprema Corte, os quais haviam estabelecido um "direito constitucional ao aborto" no famoso caso *Roe v. Wade*.

O Estado do Mississippi sustentou que os precedentes judiciais *Roe v. Wade* e Planned Parenthood v. Casey tinham sido equívocos judiciais e argumentou que a lei em questão seria constitucional, respaldada por um juízo de racionalidade. A questão evoluiu processualmente, passando pelas instâncias recursais do sistema processual norte-americano, os "Circuitos",[949] até chegar à Suprema Corte dos Estados Unidos. Neste caso, a Suprema Corte revisou o precedente firmado há quase 50 anos em *Roe v. Wade* e, de forma surpreendente, decidiu a favor do Estado do Mississippi por uma maioria de seis votos a três.

Dessa forma, foi desconstituído um precedente anterior que perdurava por quase meio século, indicando que a questão do aborto como um direito constitucional nos Estados Unidos parece estar efetivamente encerrada. Essa votação foi significativamente diferente da ocorrida há 50 anos, quando o aborto foi

---

[948] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 US (2022)**. Disponível em: https://bit.ly/3UdfhjD. Acesso em: 24 jan. 2024.

[949] REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. **Anotações sobre o Poder Judiciário americano**. Brasília, a. 33, n. 129, jan./mar. 1996, p. 237-247. Disponível em: https://bit.ly/3UtTHaG. Acesso em: 17 ago. 2023.

mantido por sete votos a dois, assegurando às mulheres o direito de interromper a gravidez, algo que foi considerado protegido pela Constituição dos EUA, mesmo que de forma indireta.

Como noticiou a imprensa[950] mundial, o precedente proibitivo revogado concedia às mulheres americanas o direito absoluto ao aborto nos primeiros três meses de gestação, mas permitia restrições no segundo trimestre e proibições totais no terceiro. Nas décadas seguintes, decisões antiaborto gradualmente limitaram o acesso ao procedimento em mais de uma dúzia de estados.

A Suprema Corte dos Estados Unidos[951] entendeu que não havia um direito expresso ao aborto na Constituição adotando, assim, uma abordagem que gerou duras críticas por parte de Sustein.[952] Ele argumenta que o projeto de sentença[953] do juiz Samuel Alito Jr. em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* adota uma forma de tradicionalismo do devido processo. Mais especificamente, fundamenta-se em argumentos burkeanos, destacando a importância do respeito às tradições, e, secundariamente, em argumentos thayerianos, enfatizando a necessidade de dar margem de manobra ao processo democrático.

Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi[954] explicam os princípios thayerianos como uma interpretação "minimalista" da Constituição, que essencialmente coloca o Judiciário ao lado dos outros Poderes. Nesse contexto, não cabe nenhuma forma de sobreposição das decisões da Corte, sendo legítimo apenas ao Legislativo estabelecer os limites da interpretação das leis. Ao Judiciário, cabe declarar a inconstitucionalidade apenas se esta for "manifesta", situada "além de qualquer razoável dúvida", "evidente e clara", "muito clara", “inequívoca” ou “inquestionável”.

---

950 CORREIO BRAZILIENSE. **Aborto**: Suprema Corte dos EUA revoga direito à interrupção da gravidez com revisão de Roe × Wade. jun. 2006. Disponível em: https://bit.ly/4b9ogbB. Acesso em: 6 jul. 2022.

951 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 US (2022). Disponível em: https://bit.ly/3UdfhjD. Acesso em: 24 jan. 2024.

952 SUSTEIN, Cass R. **Dobbs e as dificuldades do tradicionalismo do devido processo**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=16333. Disponível em: Acesso em: 21 jul. 2022.

953 A proposta de voto do juiz Alito acabou sendo vazada à opinião pública.

954 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em: https://bit.ly/3StkYZI. Acesso em: 6 jul. 2022.

Informam Dimitri e Lunardi[955] que, em 1893, James Bradley Thayer sistematizou alguns argumentos em relação à interpretação constitucional. Inicialmente, Thayer criticava a prática de controle judicial de constitucionalidade de sua época, recomendando a postura conhecida como minimalismo judicial (*judicial minimalism*) ou autocontenção (*self-restraint*). Ele defendia que as Constituições estaduais nos EUA não atribuem aos juízes o poder de controlar a constitucionalidade das leis estaduais.

James Bradley Thayer defendia que tal poder é apenas deduzido de maneira implícita; os juízes só podem fiscalizar a constitucionalidade para resolver um caso concreto e não para anular leis, atribuição que pertence exclusivamente ao Legislativo. Fazer o contrário seria violar a separação de poderes. Thayer argumentava ainda que a interpretação da Constituição não pode ser literal e acadêmica, mas sim política.

Ele enfatizava que não é papel do Judiciário estabelecer o "verdadeiro significado" da Constituição; somente o Legislativo, eleito pelo povo, pode escolher a interpretação mais conveniente, de acordo com os interesses da Nação, por meio de leis que considere "prudentes" ou "razoáveis".

O controle judicial da constitucionalidade é considerado imprescindível, pois sem ele não haveria garantia de que o legislador efetivamente se submeta à Constituição. No entanto, segundo a doutrina thayeriana, o Judiciário só deve declarar a inconstitucionalidade se esta for "manifesta", situada "além de qualquer razoável dúvida", "evidente e clara", "muito clara", "inequívoca" ou "inquestionável".

A doutrina da inconstitucionalidade exige que o Judiciário demonstre sua "deferência" ou "respeito" ao Legislativo, só podendo anular uma lei se ficar evidente que o legislador cometeu um erro ao criar uma lei inconstitucional, cabendo ao Judiciário estabelecer "o limite externo".

A nova decisão ofereceria uma "compreensão distinta da cláusula do devido processo legal", permitindo a "proteção substantiva" de direitos apenas se justificados pela tradição e essenciais para a "liberdade ordenada", conforme entendido pelos Estados Unidos há muito tempo. Sob a base do "tradicionalismo do devido processo", a decisão não seria uma opinião "originalista", sendo difícil defendê-la em termos originalistas.

---

[955] DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**...

Torna-se um grande desafio aceitar o tradicionalismo do devido processo sem simultaneamente questionar uma variedade de "casos de devido processo substantivo", enfaticamente não "tradicionalistas ou antitradicionalistas", mesmo que não tenham relação com o aborto.

Sustein, no entanto, destaca relações desconfortáveis entre o impulso tradicionalista expresso na opinião da Corte e a jurisprudência não tradicionalista ou antitradicionalista em outras áreas do direito constitucional. Isso inclui questões como a "liberdade de expressão, apropriação e proteção igualitária, onde a Corte repudiou múltiplas tradições". Ele entende a Corte como um tipo de "fórum de princípios" que, de certa forma, produz interpretações muito mais amplas de direitos do que poderia ser justificado por uma investigação sobre a tradição e a liberdade ordenada.

Sustein[956] demonstra uma incongruência ao exemplificar que a Corte rejeitou "o tradicionalismo de liberdade de expressão (na proteção da difamação), o tradicionalismo da cláusula de desapropriação (na proteção contra as apropriações regulatórias)". Ele também destaca a situação do "tradicionalismo de proteção igualitária (na proteção contra a discriminação sexual)".

De um lado, há uma razão central na qual a Corte acredita em algumas formas de progresso moral e tem, pelo menos, alguma fé na capacidade judicial de incorporar certas formas de progresso moral ao direito constitucional. No entanto, como Cass Sunstein[957] assinalou, a opinião da Corte em Dobbs v. Jackson Women's Health Organization adota uma forma de "tradicionalismo do devido processo legal".

Mais especificamente, a decisão em Dobbs v. Jackson Women's Health Organization fundamenta-se em argumentos burkeanos, destacando a importância do respeito às tradições. Secundariamente, incorpora argumentos thayerianos, ressaltando a necessidade de conceder margem de manobra ao processo democrático, pelo menos no domínio do "devido processo substantivo".

Em outras palavras, para algumas questões, o devido processo substantivo é aceito em sua expressão máxima, enquanto em outras não, sem uma explicação lógica ou sistêmica. Sustein[958] observa que enraizada no tradicionalismo do devido

---

[956] SUSTEIN, Cass R. Dobbs and the travails of due process traditionalism. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 14, 2022, p. 1. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=4145922. Acesso em: 6 jul. 2023, p. 01.

[957] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 1.

[958] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 1.

processo legal, a opinião da Corte não é uma perspectiva "originalista", e sua defesa em termos originalistas não seria simples.

Dentro da própria lógica da opinião, o grande desafio para Sustein seria enfrentar "o tradicionalismo do devido processo legal sem, ao mesmo tempo, questionar uma variedade de casos de devido processo substantivo" enfaticamente "não tradicionais ou antitradicionalistas, mesmo que não tenham nada a ver com aborto".

Sustein[959] considera ainda que existem "relações incômodas entre o impulso tradicionalista da opinião da Corte e a jurisprudência não tradicional ou antitradicionalista da Corte em outras áreas do direito constitucional", incluindo "liberdade de expressão, apropriação e proteção igualitária, onde a Corte repudiou múltiplas tradições". Ele interpreta a Corte como uma espécie de "fórum de princípios", de uma forma que "produz entendimentos muito mais amplos de direitos do que poderia ser justificado por uma investigação sobre a tradição e a liberdade ordenada".

Sustein exemplifica que a Corte rejeitou o tradicionalismo da liberdade de expressão (na proteção da difamação), o tradicionalismo da cláusula de cobrança (na proteção contra as apropriações regulatórias) e o tradicionalismo da proteção igual (na proteção contra a discriminação sexual).

Uma razão central deve ser que a Corte acredita em algumas formas de progresso moral e tem pelo menos alguma fé na capacidade judicial de incorporar certas formas de progresso moral ao direito constitucional. Sustein aponta que a fraqueza central da opinião de Dobbs e, plausivelmente, sua falha fatal seria a sua rejeição da ideia de que o progresso moral pode e deve desempenhar um papel na compreensão dos direitos constitucionais.

Sustein[960] afirma que a opinião da Corte em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* oferece uma compreensão distinta do significado da Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda. Em suma, a maioria do caso Dobbs está comprometida com o tradicionalismo do devido processo. Esse compromisso é o motor da decisão do Tribunal, que anula *Roe v. Wade*. Para o futuro do direito constitucional, é também a característica mais importante da opinião do caso *Dobbs*.

---

[959] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 1.
[960] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 2.

Sustein[961] afirma que a Corte sustenta que, embora a Cláusula do Devido Processo "tenha sido mantida para garantir alguns direitos que não são mencionados na Constituição", seu alcance é limitado aos direitos que são "profundamente enraizados na história e tradição desta Nação" e "implícito no conceito de liberdade ordenada". Essa interpretação tem sido objeto de controvérsias ao longo do tempo.

Sustein[962] afirma que por si só, o texto da Cláusula pode ser interpretado como uma abordagem puramente procedimental. Ao mesmo tempo, a Corte reconhece que suas decisões protegeram duas categorias de direitos substantivos. Ambas as categorias, segundo a opinião do Tribunal, devem ser compreendidas diretamente por referência à tradição.

Sustein[963] assenta ainda que, de acordo com o Dobbs Court, uma razão para limitar o termo "liberdade" dessa maneira é que o termo é "capaz", e há uma "tendência humana natural de confundir" o que a Décima Quarta Emenda "protege com nossas próprias visões ardentes sobre a liberdade que os americanos devem desfrutar".

O tradicionalismo do devido processo legal é uma alternativa a uma Suprema Corte despreocupada. Sustein[964] indaga se o direito ao aborto encontra respaldo em "evidências históricas relevantes", ao que responde que, de acordo com a Corte Dobbs, não. Segundo a decisão, até o final do século XX, "não havia apoio na lei americana para o direito constitucional de obter um aborto em alguns estágios da gravidez", e em 1800, a lei americana "expandiu a responsabilidade criminal por abortos", e os Estados logo seguiriam. A Corte Dobbs oferece muitos detalhes em um esforço para apoiar essas alegações históricas.

Por fim, Sustein[965] assenta que este é um gesto na direção de uma opinião minimalista e, claro, a afirmação é verdadeira. Mas por que, exatamente, isso é relevante? Segundo Sustein, a orientação central do parecer do Tribunal é teoricamente ambiciosa não pelo interesse em proteger os seres humanos não nascidos, ou os seus direitos, prevaleça, ou possa razoavelmente ser considerado como superior, o direito de escolha; é isso no marco do tradicionalismo do devido

[961] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 2.
[962] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 2.
[963] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 1.
[964] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 3-4.
[965] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 5.

processo legal, o direito de escolha não se enquadra na categoria de interesses presumivelmente protegidos.

A Suprema Corte apenas aceitou, para fins de argumentação, a proposição de que o alcance da Cláusula do Devido Processo, em sua forma substantiva, pode não ser definido por referência às práticas específicas dos Estados quando a Décima Quarta Emenda foi ratificada.

Explicita que aceitando essa suposição para fins de argumentação, a Corte *Dobbs* enfatiza que “o aborto não seria nada de novo e que a questão moral fundamental que ele coloca não tem idade” e que nenhum “novo aprendizado científico exige uma resposta diferente” à questão moral subjacente.” Contudo, indaga Sustein indaga se “a única questão é se as restrições ao direito de escolher o aborto seriam racionais”.

No contexto do aborto, essas razões legítimas incluem "respeito e preservação da vida pré-natal em todas as fases do desenvolvimento", bem como "a preservação da integridade da profissão médica" e "a proteção da saúde e segurança materna". Mediante esses argumentos, a Corte considerou ser mais simples manter a lei do Mississippi em questão no caso.

Afirma Sustein[966] que isso parece supor que a questão moral sempre foi “vida potencial” *versus* “direito de escolha”. Na medida em que quaisquer regulamentos históricos proibiam o aborto porque o aborto era um procedimento médico perigoso, mas isso não é mais verdade.

A Corte procura preservar as participações do devido processo substantivo existentes, exceto aquelas que envolvem o aborto, e que o aborto envolve uma questão moral única. Contudo, em outros muitos dos processos devidos substantivos existentes, a recíproca não seria verdadeira.

Destaca Sustein[967] que esta afirmação da Corte de que "a Constituição não faz menção ao aborto" não é menos verdadeira do que a constatação de que a Constituição não menciona uma enorme gama de situações que foram tomadas para dar origem a sérias contestações constitucionais e, em muitos casos, à invalidação de legislação estadual ou federal.

O autor[968] acentua que uma perspectiva de desconforto diante da decisão da

---

[966] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 5.
[967] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 10.
[968] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 12.

Suprema Corte indica uma aversão tanto aos argumentos tradicionalistas quanto minimalistas, bem como indica a crença em algumas formas de progresso moral ou, pelo menos, alguma fé na capacidade judicial de incorporar uma ou mais dessas formas de progresso no direito constitucional.

Observa-se aqui a forma como o processo constitucional substantivo é manipulado no contexto de um constitucionalismo abusivo, no sentido de inverter uma lógica decisória. Aqui não se trata de estar a favor ou contra a moralidade ou imoralidade do aborto; essa não é a questão. O foco da discussão é observar como é possível, no âmbito de uma estratégia abusiva de constitucionalismo, fazer com que a Constituição diga o que quiser que ela diga, mesmo à custa da violação de sua essência.

A finalidade, em princípio louvável, da defesa da vida expressa elevados valores morais. No entanto, as estratégias para conduzir essa defesa levantam questionamentos na comunidade jurídica. Se tudo puder ser defendido nesses moldes, então nada estará seguro, e a própria democracia estaria à deriva.

A conclusão deste tópico do estudo destaca a necessidade de uma percepção mais aguçada em relação à intrusão do Estado em temas sensíveis, como os eventuais direitos decorrentes da privacidade, e a importância de desenvolver uma abordagem sofisticada e à altura da proteção dos direitos de cidadania, especialmente no que diz respeito à vida em perspectiva e aos contornos da proteção estatal a essa forma de vida ainda incipiente.

Conforme destacado por Sustein[969] em suas críticas à decisão, a Suprema Corte parece ter transmitido a mensagem de que a questão moral central do aborto sempre foi a dicotomia entre "vida potencial" e "direito de escolha". No entanto, enquanto a Corte manteve essa interpretação viva em várias outras situações, sempre preservando o devido processo substantivo, inexplicavelmente rompeu com essa postura nos casos que envolvem o aborto.

Outro aspecto enfatizado é que o aborto envolve uma questão moral única. Contudo, em muitos outros casos de devido processo substantivo, a recíproca não seria verdadeira. Se os direitos só devem ser preservados interpretando-se a técnica do processo constitucional substancial, de onde se desdobra o direito à privacidade diante do aborto (na compreensão anterior do caso Roe), na mais pura técnica de

[969] SUSTEIN, Cass R. **Dobbs and the travails of due process traditionalism**… p. 5.

compreensão e aplicação da técnica interpretativa do devido processo substancial, como é que a Constituição não faz menção a um rol imenso de direitos tutelados em situações, e mesmo assim procede-se à invalidação de legislação estadual ou federal?

Portanto, a decisão da Suprema Corte não repeliu os argumentos esgrimidos pelos tradicionalistas, ao passo que adota uma visão que revela um dogma de progresso moral ou alguma crença na capacidade do Tribunal de acolher uma ou mais dessas formas de progresso no direito constitucional. Ao mesmo tempo, repele outras, o que revela uma explícita contradição.

Pois, ao argumento de que o aborto não é um direito constitucional, mas era protegido pelas técnicas interpretativas das cláusulas do devido processo substancial, resultando de um desdobramento do direito à privacidade ou intimidade, não se estenderia para tantos outros direitos previstos, e que, contraditoriamente, continuarão sendo protegidos constitucionalmente enquanto desdobramento de outro direito qualquer.

Logo, o caso Dobbs vem trazer uma inquietude ainda maior ao sistema norte-americano de controle de jurisdição havido e mantido desde o caso Roe e todas estas variações e contradições são obviamente devido à mudança de juízes, mas esta não deveria ser uma resposta total e completa. Pois, se chega ao mesmo ponto de antes: os juízes interpretam a partir de suas próprias crenças, subjetividades e visão de mundo que estão presentes na tradição constitucional.

Deve-se atentar para uma integração coerente dos precedentes, para a história das decisões da Corte que vão sendo incorporadas e harmonizadas uma após outra. Não cabe ao juiz constitucional ser ele mesmo a Suprema Corte, mas sim a expressão de todo o complexo de práticas de interpretação consagradas na própria raiz do sistema constitucional.

A tese de Sustein é que, doravante, será necessário observar um processo de grande maturação e reflexão sobre este precedente. No momento, uma solução ideal não é possível, pois a técnica de precedentes da Suprema Corte foi imaginada para consolidar certos temas por muito tempo.

É importante esclarecer que a Suprema Corte não proibiu o aborto pura e simplesmente. Pelo contrário, ela decidiu deixar essa questão sensível ao critério das legislações de cada Estado da Federação. Nos estados onde o aborto já estava regulamentado, as leis continuam em vigor, enquanto nos estados onde não havia

regulamentação ou era proibido, prevalece a proibição do Estado. A Constituição delegou a avaliação dessa questão aos legisladores estaduais.

A Suprema Corte supôs que o alcance da Cláusula do Devido Processo em sua forma substantiva pode não ter sido definido necessariamente por referência às práticas específicas dos Estados quando começou a existir por meio da ratificação por todos os Estados. Se aceitarmos essa permissão para fins argumentativos, conforme proposto pela Corte, a decisão em *Dobbs* enfatiza que o aborto não seria algo novo e que a questão moral fundamental que ele coloca não tem idade. A Corte argumenta que nenhum novo aprendizado científico exige uma resposta diferente à questão moral subjacente.

Assim, se as novas restrições ao direito de escolha ao aborto "seria racional" e, aqui, tal racionalidade se traduziria no fato de que no contexto do aborto, essas razões legítimas incluiriam "respeito e preservação da vida pré-natal em todas as fases do desenvolvimento", "a preservação da integridade da profissão médica" e "a proteção da saúde e segurança materna".

Diante desses argumentos, a Suprema Corte considerou mais adequado manter a lei do Mississippi em questão no caso *Dobbs*. Nesse sentido, a conclusão deste estudo é que existe um argumento favorável à Suprema Corte. A cláusula federalista permite certa liberdade para os Estados em setores sensíveis da vida dos cidadãos, como é o caso do porte de armas, por exemplo.

A partir de agora, os Estados terão a responsabilidade de verificar se possuem regulamentação sobre o aborto ou se apenas seguiam a permissão genérica assegurada pela Suprema Corte. Caso não tenham regulamentação específica, as legislaturas estaduais poderão votar a favor ou contra, resultando na prevalência do aborto ou na proibição, conforme a decisão democrática local.

O fato é que a Suprema Corte deixou o tema para ser decidido pelos Estados da Federação, de acordo com a cultura e os valores sensíveis de cada sociedade regionalizada, de cada grupo. Por ser um tema delicado, a Corte retrocedeu em sua concepção de conceder o direito ao aborto como um direito constitucional, tornando-o um direito infraconstitucional, caso os Estados assim decidam. Isso levanta questões sobre a vida do embrião e o direito à vida.

Atualmente, pautas progressistas são mais impregnadas de certo moralismo, como questões de orientação sexual ou divórcio. Contudo, não se pode esquecer que a gestão do presidente John Kennedy entre 1960 e 1963, de perfil democrata,

interrompida com seu assassinato, se notabilizou, mesmo em pouco tempo, pela defesa ferrenha das minorias. Kennedy, sendo o único presidente católico na Presidência dos Estados Unidos até então, protagonizava a ascensão ao poder de alguém pertencente a uma minoria religiosa. As políticas públicas empreendidas e instrumentalizadas pela Secretaria de Justiça, de responsabilidade de Robert Kennedy, também assassinado tempos depois, enfrentaram forte resistência conservadora.

Ao se afrontar as posturas conservadoras naquela época, poder-se-ia chegar ao enfrentamento direto como lideranças, como o governador do Alabama, George Wallace, racista violento que simplesmente negava o acesso aos negros às Escolas públicas.

As lutas pelos direitos civis enfrentaram esse tipo de conservadorismo, implicando em campanhas pelo armamento, discursos de ódio, menosprezo às minorias e violação de seus direitos. Além disso, geraram uma cultura do ódio da qual Kennedy, Bob Kennedy e Martin Luther King foram vítimas. A mesma cultura de ódio foi recrudescida por Donald Trump nos Estados Unidos. Essas raízes de ódio e discriminação infelizmente brotaram no Brasil recentemente, transformando a sociedade brasileira e agudizando antigas feridas, especialmente no tocante à questão racial.

Atentados a escolas, discursos de ódio, a utilização das redes sociais para disseminar ódio, planejar atentados, proclamar a cultura das armas, da violência e da discriminação cada vez mais fazem parte da realidade de países como o Brasil. Este país passou a importar matrizes socioculturais embebidas nas raízes do ódio, da discriminação e na obscuridade, negando totalmente a cultura do pluralismo político, étnico e jurídico.

Nos Estados Unidos as lutas cívicas da sociedade geraram muitas baixas dentre as principais lideranças pacifistas, mas no plano destas lutas políticas e judiciais acabou surgindo a lei dos Direitos Civis (*Rights Act*) de 1964, que encerrou de maneira expressa e formal a discriminação racial e eliminou de vez as barreiras legais entre cidadãos brancos e negros.

Foi um período importante também porque surgiram políticas de discriminação inversa, políticas afirmativas pelo sucessor de Kennedy, o democrata Lyndon Johnson, após 1963 para equalizar as oportunidades entre brancos e negros, e depois para outras minorias. Nesse contexto, ocorreu a nomeação

histórica de Thurgood Marshall, o primeiro juiz negro a assumir uma vaga na Suprema Corte norte-americana no final da década de 1960.[970]

Talvez essa questão retorne à Suprema Corte no futuro, pois quase 50 anos de experiência na prática do aborto, sob o manto de um direito constitucional, fornecem uma base para uma boa estimativa. Especialmente o argumento numérico, indicando milhões de abortos realizados durante esse período, pode levar a questionamentos e debates sobre o assunto. A busca por respostas à pergunta fundamental sobre o direito ao aborto e suas implicações constitucionais pode continuar a ser objeto de análise e discussão nos tribunais e na sociedade.

O que é a vida? O que é um embrião, uma forma de vida em desenvolvimento? Uma promessa de vida em um mundo que tem o direito de eliminar vidas e potenciais de vida rumo à existência? Como se vê, a questão, por ora, está decidida assim, mas não é o fim do tema "aborto" na Suprema Corte e, de certa forma, *Roe v. Wade* ainda permanece presente!

Após essa necessária incursão no mecanismo e na forma de pensar em termos de processo decisório na realidade norte-americana, é possível perceber, em cada entrelinha, a profundidade e a importância da noção de sujeito constitucional e como este emerge em momentos cruciais na história do constitucionalismo, conforme bem demonstrado por Rosenfeld. Retomando o caso *Roe v. Wade*, recentemente reavaliado para contrastá-lo com outras demandas enfrentadas naquele país, Rosenfeld evidencia esses momentos históricos e suas insurgências.

Rosenfeld utiliza figuras de linguagem, como a metáfora e a metonímia, apoiando-se em Hegel e na dinâmica dialética. Ele busca demonstrar os estágios da história, onde tenta confirmar e identificar que a identidade do sujeito seria a pura negação. O sujeito, pré-constitucional em Rosenfeld, surge como o produto dialético da identidade cultural, histórica, étnica e religiosa vigente, do sujeito constitucional.

O sujeito constitucional se distingue dos demais sujeitos já constituídos ao repudiar o passado revolucionário e suas identidades tradicionais. Da pura negação, o sujeito experimenta o vazio em busca de uma identidade positiva. Contraditoriamente, ele recorre às mesmas identidades negadas na formação do sujeito constitucional. Nesse processo, surge a figura da subsunção, pois o que emerge deve ser preservado e superado em um segundo momento, antes de se

[970] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Thurgood Marshall**. Disponível em: https://bit.ly/3Oiq7Bo. Acesso em: 15 jun. 2023.

incorporar às demais identidades pré-constitucionais. Essa incorporação ocorre seletivamente, a fim de evitar ser tragado ou destruído pelo que foi inicialmente negado.[971]

Em outras palavras, se a religião, por exemplo, é um fator constitutivo da identidade pré-constitucional, ao estabelecer a Constituição, esse valor deve ser relativizado e assumido de forma mitigada, juntamente com outros valores passados e presentes. Isso é necessário para que a religião não se destaque e não venha a sufocar novas formas de expressão e liberdades na nova ordem.

Essas expressões e liberdades não devem emergir com a mesma intensidade, força e formato, pois se trata de uma nova ordem e uma nova sociedade. Foi nesse contexto, por exemplo, que o problema da escravidão não foi adequadamente abordado, levando à negação da liberdade pela Suprema Corte. Embora pudesse ter reconhecido essa liberdade e integrado à nova ordem social, a Corte optou por não o fazer, resultando na eclosão da Guerra Civil.

Assim, a religião, por exemplo,[972] não pode ser aceita integralmente em sua identidade pré-constitucional. Ao mesmo tempo, não pode se separar de todos esses elementos de forma absoluta, pois é necessário incorporar de alguma forma alguns desses elementos. Esse processo ocorre de maneira diferenciada, permitindo que a religião seja readmitida, mas de forma que não ameace outras manifestações religiosas ou mesmo a total ausência de uma concepção religiosa. Isso ocorre porque o vazio não deixará de existir, sendo preenchido de formas diversas em outros níveis e dimensões.

A reconciliação final entre a Constituição e o constitucionalismo demanda mais do que meras soluções textuais; ela exige abordagens conceituais[973] aprofundadas. A escravidão, embora seja antitética ao princípio de igualdade enraizado no constitucionalismo, encontrou uma reconciliação, ainda que trágica e vergonhosa. Ao considerar os afro-americanos como menos do que seres plenamente humanos, a negação de tratá-los como seres humanos integrais permitiu a coexistência da escravidão com o arcabouço constitucional.

---

[971] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 59.
[972] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 55.
[973] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**...p. 59.

No entanto, essa reconciliação se revelou precária e resultou em consequências monstruosas, como evidenciado pela Guerra Civil desencadeada pela decisão Dred Scott.

O caso Dred Scott, mencionado nos capítulos anteriores, abordou a constitucionalidade de uma lei federal que exigia a libertação de escravos levados por seus proprietários para territórios federais. Dred Scott foi emancipado, mas ao retornar ao seu estado de origem, seu antigo dono reivindicou sua "propriedade" sobre ele.

É importante observar que o direito de propriedade dos donos de escravos era explicitamente previsto na Quinta Emenda da Constituição, que estabelecia: "Nenhum indivíduo deve ser (...) privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal".

A questão reside no fato de que o direito ao "devido processo" é essencialmente e exclusivamente processual. No entanto, pela primeira vez, a Suprema Corte conferiu a esse direito uma conotação de "direitos substantivos de propriedade", entendendo que a Lei Federal de emancipação era "inconstitucional" por violar os "direitos de propriedade do antigo senhor". Isso, como observa Rosenfeld, é incoerente, mas acabou sendo "harmonizado no sistema" por incorporar uma negação da qualidade humana aos afro-americanos. Essa conclusão se torna paradoxal se considerarmos a plena capacidade de Scott como ponto de partida.

Por fim, Rosenfeld[974] destaca que se a Suprema Corte tivesse decidido a favor de Dred Scott, teria reconhecido uma "contradição entre a Constituição e o constitucionalismo". Apesar da reconciliação precária entre "Constituição e constitucionalismo", isso também permitiu a "condenação da Constituição de 1787" em relação aos princípios fundamentais do constitucionalismo. Isso ocorre porque "se todos os homens nascem iguais, não se admitem exceções", e a aceitação da escravidão nega a possibilidade de cumprir os requisitos do constitucionalismo.

Entretanto, se observado retrospectivamente, poderíamos concluir que, naquele momento, a cor da pele não poderia justificar a discriminação de alguém.[975] No entanto, ao longo do tempo, essa perspectiva precisaria ser reconsiderada, especialmente para buscar uma abordagem oposta em prol da justiça racial.

---

[974] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**...p. 60-61.
[975] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 64-65.

Tornou-se necessário adotar políticas afirmativas ou compensatórias que levassem em consideração explicitamente a cor da pele como meio de promover a justiça social. Nesse ponto, as metáforas desempenham um papel crucial ao elevar as questões a um nível de abstração necessário para que o sujeito constitucional possa reconciliar suas contradições e incorporar elementos inicialmente negados.

O conceito de "condensação" de Freud refere-se a um processo psíquico no qual as similaridades são reunidas e enfatizadas em detrimento das diferenças. Isso é exemplificado no sonho, onde a imagem de uma única face, por exemplo, pode servir como representação para várias pessoas diferentes. Nesse contexto, as características faciais comuns são realçadas, enquanto as distintas são desconsideradas.

De igual forma, Rosenfeld[976] assinala que Lacan utiliza-se do conceito de “metáfora” para sistematizar o conceito de condensação no contexto da teoria linguística, que leva em consideração o sentido significado entre a função metafórica e metonímica. Dessa forma, buscar expressar o significado. A compreensão do significado é crucial, pois como podemos reconciliar a ideia de que em um momento não se pode excluir o outro, enquanto em outro momento é necessário discriminar o outro? Afinal, o que ocorre em um momento de tamanha contradição? A exclusão em si não é inerentemente positiva, no entanto, quando se trata de "excluir nazistas extremistas e determinada organização", o "sentido" muda radicalmente.

Desta forma, a dinâmica entre a inclusão recíprocas dos sujeitos e suas identidades[977] estabelece o equilíbrio mais adequado entre o *self*, (“si mesmo") e o “outro" e o sujeito constitucional, que pode buscar conforto na postura inclusiva até em relação ao outro interno.

A integração de todas as diferenças, mesmo que inatingíveis, serve a um propósito crítico contrafactual, uma vez que todas as identidades constitucionais são falhas e incompletas, estando sempre em um processo contínuo de aprimoramento e conclusão.

É crucial impedir que uma identidade excludente substitua a busca pela inclusão e a abertura para a diferença, o que seria prejudicial tanto para o constitucionalismo quanto para o sujeito constitucional. Nesse cenário, um "eu excludente" garantiria sua identidade por meio da subordinação e opressão do que

[976] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 62-63.
[977] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 114.

considera diferente, minando assim o potencial emancipatório do sujeito constitucional.

4.2 O JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE: RETOMANDO O CONCEITO DE INGEBORG MAUS À LUZ DOS CONCEITOS PLURALISTAS

Os Tribunais têm donos? É inegável que um certo grau de ativismo judicial tem sido observado ao longo da história institucional das Cortes Constitucionais. No entanto, a extensão, intensidade e natureza desse ativismo exigem sérias considerações. O estudo conhecido de Ingeborg Maus[978] é um exemplo emblemático desse entrecruzamento entre o direito e a psicanálise, uma vez que a pesquisadora analisa o Poder Judiciário como desempenhando cada vez mais o papel de "superego da sociedade".[979]

Superego é um dos elementos que compõe o aparelho psíquico de acordo com a teoria freudiana da estrutura da mente humana e como funciona o psiquismo.

Segundo Roudinesco,[980] o termo "supereu" refere-se ao conceito criado por Sigmund Freud para designar uma das três partes do aparelho psíquico. No Brasil, é amplamente utilizado o termo "superego".[981] A consolidação desse termo ocorre durante a revisão da primeira versão da teoria de Freud, denominada de segunda tópica. O "superego" ou "supereu", em conjunto com os demais elementos, o "eu" e o "isso", mantêm uma relação tal que o superego exerce de forma implacável as funções de juiz e censor do "eu".

Roudinesco[982] acrescenta que Freud expôs esse formato em um texto de 1924 ao abordar o tema da "economia do masoquismo". Neste texto, Freud afirmou que "o imperativo categórico de Kant é o herdeiro direto do complexo de Édipo" e que o conceito de "supereu" está claramente delineado em um texto de 1923 intitulado "O Eu e o Isso". Esse último trabalho foi resultado de uma elaboração

---

978 MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Tradução: Geraldo de Carvalho e Célia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

979 MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**... p. 15.

980 ROUDINESCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise**... p. 744.

981 O termo “superego” nunca teria sido empregado nos textos de Freud, mas se incorporou no linguajar clínico psicanalítico devido às traduções mais liberais feita dos originais de Freud para outras línguas e daí para o português.

982 ROUDINESCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise**... p. 744.

contínua desde 1914, quando Freud começou a abordar o tema no artigo "Sobre o narcisismo: uma introdução".

Em 1933, durante a 31ª conferência de introdução à psicanálise, após apresentar a instância do "supereu" como um censor, por delegação das instâncias sociais junto ao "eu", Freud forneceu um quadro exaustivo da formação e das funções superiores desse componente, especialmente destacado em "O Mal-Estar na Civilização".

Essa representação do supereu, ou "superego" para ser mais fiel à versão brasileira da obra de Maus, explicita o papel do Judiciário que se coloca acima dos demais poderes e até mesmo da própria fonte de todo o poder, que seria a soberania popular, desempenhando o papel de um censor. Na introdução da obra, Maus afirma que seus estudos tratam da relação entre judiciário, democracia e metodologia jurídica, todos alinhados pelo fio afirmativo da soberania popular.

Maus aponta para a tradição constitucional norte-americana, a qual, em sua perspectiva, reduz a soberania ao ato de fundação constituinte, induzindo à "mitologização do ato de criação" e "frustrando aberturas permanentes fundamentais à legitimação democrática da Constituição".

Dessa maneira, a soberania popular se consolida no modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade centrado nas Cortes Supremas, onde ocorre uma "inversão da racionalidade da teoria da soberania popular". À medida que as Cortes assumem a "condição de instância moral da sociedade", constituindo-se como "um corpo profissional", reforçam sua posição como o "centro da consciência social ou superego da sociedade".

Com a supressão das monarquias, as sociedades pareceriam ter ficado como que "órfãs". No entanto, ao invés de buscarem seu amadurecimento e autodeterminação por meio das instâncias da soberania popular, criando as leis que consideram necessárias, cometendo erros e acertos, as sociedades parecem permanecer nesta orfandade. A oportunidade de autonomização como indivíduos, assumindo o controle de seus destinos, ainda parece um caminho a ser explorado plenamente.

Essa soberania foi efetivamente suprimida pela atuação das Cortes Supremas, que assumiram o papel da figura "paterna" agora inexistente, impondo-se como o juiz, o censor, aquele que profere a última palavra na instância paterna e que não admite contestação alguma.

Com esse fechamento estrutural, a sociedade empobrece e enfraquece, pois, ao desvanecer sua própria função no caminho da emancipação, permite que todos os setores, estejam eles submetidos a regras ou não, sejam conduzidos pela última palavra do Judiciário e das Cortes Supremas, assumindo o papel de "superego" da sociedade. Isso enfraquece a democracia e impede o pleno desenvolvimento da identidade do povo como sujeito de direitos e obrigações.

Além disso, esse papel inadequado do Judiciário impede a necessária abertura e interação da sociedade, no sentido de fortalecer-se e amadurecer. A sociedade acaba ficando eternamente dependente de outros que ditam seu comportamento, valores e até mesmo a forma de decidir sobre o que seria ou não melhor para ela mesma.

Dessa maneira, fecha-se um caminho essencial para o pleno amadurecimento do sujeito constitucional, conforme abordado na teoria de Rosenfeld, reduzindo a autonomia do sujeito plural à eterna aprovação e dependência de sujeitos externos. Ao enfraquecer a essência democrática, as sociedades se predispõem a abusos autoritários, como analisado por Maus em suas interações das Cortes alemãs com o nazismo, resultando no sufocamento da democracia.

Outro ponto extremamente instigante é o pressuposto de que não foi o positivismo jurídico que imperou na Alemanha nazista. Se assim fosse, muitas regras teriam sido respeitadas. O nazismo, por meio das Cortes postas como os oráculos que proclamam as últimas e irrecorríveis verdades, subverte a legitimidade democrática, enfraquece a normatividade, esvazia a própria metodologia da jurisdição constitucional e impõe os valores que mais interessam a quem detém o poder, destruindo, assim, a Democracia. Estes são os grandes alertas que Maus faz em relação à pretensão do judiciário como sendo o "superego" da sociedade.

Obviamente, o texto aborda diversas questões, mas aqui é relevante destacar alguns elementos derivados da perspectiva psicanalítica. Nesse sentido, a jurisdição constitucional da Suprema Corte assume o papel em uma sociedade órfã de pai, fazendo alusão à transição das monarquias para as repúblicas de soberania popular.

Maus menciona o costume cultural norte-americano de identificar a história de vida de seus juízes constitucionais como sendo de grandes vultos humanitários,

responsáveis por garantir as melhores opções constitucionais, elevando assim as Constituições.

Esses juízes são vistos como profetas, olimpianos da lei, majestosos ou príncipes do direito, criando a sensação de que há um pressuposto para as decisões sensatas e justas. Ousamos dizer que é precisamente dessa perspectiva que surge a aura mística em torno da Suprema Corte e de suas decisões, cujos reflexos se espalharam por todos os sistemas jurídicos do mundo.

Maus faz menção a uma certa divinização dos juízes na Alemanha após 1900, destacando que, no lugar do vazio deixado pela perda do monarca, símbolo da unidade do povo, foram oferecidos os "direitos fundamentais" e as "Constituições", cujos intérpretes, os juízes constitucionais, tornam-se os únicos e legítimos sensores do legislador.

Torna-se recorrente a metodologia da aplicação de princípios propositivos para legitimar e justificar a ampliação de suas competências, de tal forma que o Judiciário se desloca de uma posição equânime em relação aos demais poderes para tornar-se uma instância da consciência social.

Dessa posição privilegiada, o censor não vê as demais leis senão como “predições altamente improváveis” e primícias da atividade decisória judicial, razão pela qual Maus recorda o “terror judicial”[983] no sistema jurídico nazista ao mencionar as cartas aos juízes enviadas pelo Ministério da Justiça do Reich a partir de 1942. Essas cartas registram a transformação funcional do judiciário alemão que não teria ocorrido caso não houvesse a “desformalização do direito”, a violação às “garantias do formalismo jurídico clássico” substituídas por “concepções morais” de um aparelho jurisdicional concentrado na Suprema Corte.

Além disso, Maus refere-se a decisões da Corte em relação a temas que sequer haviam sido regulados pelo direito e que passaram a ser objeto de decisões contenciosas. Isso suprimiu os espaços autônomos e não regulados pelo direito, que passaram a ser ocupados de forma ilegítima pela atividade jurisdicional deste "superego da sociedade", concretizado na jurisdição constitucional de uma Corte Suprema. Na experiência alemã, isso se traduziu como uma explícita "ditadura do judiciário" diante da completa "colonização do sistema político pelo jurídico”.

---

[983] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**... p. 28.

Maus não deixa de ilustrar sua forma de pensar, fundamentada na intensa experiência da Alemanha Nazista, demonizando o positivismo[984] jurídico após 1945. Neste ponto, abre-se uma lacuna que será abordada mais adiante nestes escritos, com a introdução da obra de Kelsen, por questões metodológicas. Por ora, apenas registramos mais um importante capítulo na história do Direito e da Democracia.

Quanto a este estudo de Ingeborg Maus, é importante observar que a autora alemã relata a superação de um passado científico-jurídico pelos mesmos membros que representavam a ciência do direito no sistema nazista. Em outras palavras, para Maus, não é verdade que o positivismo jurídico tenha sido ou ocupado a posição dominante como uma metodologia aplicada no direito do século XX.

O positivismo jurídico, na verdade, foi obstruído como metodologia jurídica, e Maus, busca demonstrar essa "obstrução jurídica da democracia" com aportes teóricos de autores como Hobbes, Locke, Kant, Rousseau e Montesquieu, além dos autores do "Federalista" (Alexander Hamilton, James Madison, John Jay). Maus revisita o conceito de "cidadania popular" na sociedade moderna, realiza uma nova interpretação da teoria da "separação de poderes e a função do judiciário" segundo uma "perspectiva democrática", reinterpretando Montesquieu.

Além disso, ela integra todos esses temas à questão da Política Internacional, centrada no discurso dos direitos humanos, e crítica de maneira contundente a progressiva transferência dos poderes que seriam próprios da soberania popular para a Constituição. Maus destaca preocupações relacionadas aos Estados justicialistas e à excessiva margem de interpretação constitucional, argumentando que isso acaba resultando no obscurecimento da soberania popular.

Maus, ao direcionar sua crítica à totalização nazista da justiça no nacional socialismo alemão, que eliminou de forma radical o positivismo jurídico[985] ao reduzi-lo a um pensamento baseado em cláusulas gerais e métodos jurídicos formais suplantados por avaliações políticas,[986] identifica claramente a mesma sistemática e metodologias atuais em relação à supressão da soberania popular.

A soberania popular é agredida tanto quando não se respeita a existência de espaços não regulados, instâncias sociais não regradas positivamente pelo direito, e

---

[984] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**... p. 42.
[985] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**... p. 41.
[986] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**... p. 64.

mesmo assim o Judiciário, arvorando-se como "superego" da sociedade, decide sobre essas instâncias não regradas.

Da mesma forma, a soberania popular é prejudicada quando, mesmo havendo instâncias expressamente reguladas pelo formalismo legal com estabilização de expectativas garantidas pelo direito, o Judiciário,[987] em nome do mesmo "superego", impõe seus valores, decidindo sobre o direito de acordo com seus próprios critérios.

Como bem resume o texto de Maus, Thiago Turbay[988] refere-se ao Judiciário como "um agente moralizador, imbuindo-se de um modelo paternalista, conforme apontou Ingeborg Maus, à luz do conceito psicanalítico.

Esse papel condiciona uma 'sociedade órfã de Pai',[989] infantilizada e impotente frente à inconsciência da sua dependência institucional." Neste contexto, é um bom momento para refletir sobre as tutelas coletivas, em especial as tutelas ao encargo de um superpoder da República, que é o Ministério Público, fortalecido significativamente com o texto constitucional de 1988 para assumir grandes demandas públicas.

Ao lado do Ministério Público, há diversos sujeitos autorizados para o embate nas demandas complexas. O problema apontado aqui é o efeito dessas demandas na esfera da cidadania, que exige uma atitude de zelo e uma cultura que não admite a lesão de direitos. Contudo, como esperar tal fibra cívica em uma sociedade que conta com muitos representantes, associais, Organizações Não Governamentais, Fundações e Juizados Especiais, cuja cultura é conciliar? Certamente, certo ou errado, o cidadão muitas vezes se vê diante de uma grande pressão para "fazer acordos".

A "concórdia" na justiça tornou-se um valor maior do que a própria justiça, a ponto de quem exige o seu direito e se nega à conciliação ser malvisto pelos olhos do sistema. Surge, assim, um outro elemento neste debate, que é a criação de uma sociedade onde as coisas não são levadas a sério no sentido do direito, no sentido de fazer valer a Constituição. Nesse emaranhado de boas intenções, acaba-se

---

[987] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**... 234p.

[988] PEREIRA, Thiago Turbay. O sentimento popular, o superego e o STF. **Migalhas**, 15 ago. 2018. Disponível em: https://bit.ly/47Ib8aE. Acesso em: 2 jun. 2022.

[989] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**... p. 15.

criando uma geração que não sente o peso dos compromissos, do respeito pela lei, pois, certo ou errado, a parte sempre ganhará alguma coisa.

Ou seja, a cada dia que passa, perdem-se as fibras democráticas da sociedade. Em vez de ser orientada no sentido da auto-organização e reivindicação do que entende ser seus direitos, ela sempre confiará em algum ente que irá defendê-la. Desta forma, certos aspectos da autonomia e desenvolvimento do "sujeito constitucional" são relegados a um segundo plano, agravando-se o sentimento de pertença à orfandade e ao infantilismo sociopolítico.

Esses fenômenos induzem a um enfraquecimento do senso cívico dos jurisdicionados, de certa forma os "domesticando" numa eterna dependência de que sempre alguém irá se propor a defender o direito do cidadão, seja enquanto contribuinte, consumidor, pertencente a certos grupos como quilombolas, negros, indígenas, idosos, deficientes, crianças, todos elencados na Constituição em relação à qual há uma legislação infraconstitucional específica, sempre legitimando as Defensorias, o Ministério Público e o próprio poder judiciário através da atermação de reclamações junto aos juizados especiais federais. Se tudo isso é visto como positivo por um lado, por outro, é o atestado da imaturidade política e a manutenção desse estado.

É claro que se pode alegar que, se a Constituição permitiu a legitimação de algumas instituições para assegurar o acesso à justiça, por outro lado, é preciso reconhecer que quanto mais dependente for uma sociedade, mais irá demorar para se emancipar. Pode bem acontecer que seus direitos não sejam levados a sério, pois a luta pelos direitos e a consciência do seu custo são valores dos sujeitos constitucionais que não podem ser negligenciados.

Prova disso é que as últimas reformas previdenciárias[990] e trabalhistas arruinaram o patrimônio jurídico dos aposentados e dos trabalhadores, e não se viu no Brasil a mínima mobilização do povo na defesa dos seus interesses. Mas de onde pode vir tanta apatia e indiferença pelo próprio destino? Propõem-se aqui, como resposta hipotética, que as razões estão justamente atreladas a essa proliferação de entes legitimados para defender os interesses jurídicos da população, pois o

[990] LARA, Paulo Cesar de; BARBOSA, BARBOSA, Laíse Milena. A Reforma Previdenciária de 2019 ante a irreversibilidade da proteção estatal dos Direitos assistenciais e previdenciários. **Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas**, v. 3, 2019. Ponta Grossa, PR: SIICSA UEPG, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3Op8mAo. Acesso em: 8 jun. 2022.

sentimento de orfandade continua e até migra das instâncias de um poder para outro.

Não restam dúvidas de que o posicionamento acima versado não é isento de muitas críticas e abre um flanco para muitos questionamentos. A presente proposta visa tão somente demonstrar que certo aspecto de dependência reiterada do povo a diversos organismos representativos também tem um lado perverso, que é o atrofiamento do sentimento e formação cívicos quando um povo não luta pelos próprios direitos, abrindo uma lacuna para o triunfo de populismos, seja de direita, seja de esquerda.

Calmon de Passos[991] falava logo após a promulgação da Constituição de 1988 que, felizmente, entrou na Constituição uma cidadania livre e emancipada, mas que, infelizmente, saiu uma cidadania diminuída e "tutelada"!

Ainda que o Estado e as instituições estejam legitimamente imbuídas deste papel de promoção e defesa de direitos, e mesmo que tais instituições estejam cumprindo uma missão muito relevante para com os mais espoliados, empobrecidos e excluídos da sociedade, é inegável que, assim como as guerras e revoluções têm o poder de mobilizar todo o corpo social e, por isso, alteram os destinos do sujeito constitucional a tal ponto de conduzir politicamente a sociedade ao "nada jurídico", para a partir do zero, começar a edificar um novo Estado legítimo.

Como bem assentou Menelick de Carvalho Neto[992] na introdução da obra "Sujeito constitucional", Rosenfeld, Friederich Müller, Chantal Mouffe e a maioria dos filósofos políticos, nas suas doutrinas constitucionais, sabem por experiência própria que a "tutela paternalista" elimina o que afirma preservar, subtraindo do cidadão exatamente a cidadania, ou seja, o respeito à sua capacidade de autonomia, de aprender com os próprios erros, preservando-se para sempre a minoridade de um povo reduzida à condição de massa, ou não cidadão, manipulável e instrumentalizado.

Até mesmo o debate público e os processos constitucionais de formação, uma grande vontade da opinião pública, são privatizados.

Foi precisamente isso que consistiu nos excessos do estado social. Continuando com o estado social, em todos os diversos aspectos que essa forma de

---

[991] Não há registros sobre esta fala do jurista Calmon de Passos, mas estas palavras sobre a cidadania tutelada foram presenciadas pelos alunos da graduação em 1999 pelo autor deste trabalho então acadêmico de Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná.

[992] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**...

legitimação do poder político foi capaz de assumir ao longo do século XX, trazendo o seu aprendizado.

A doutrina e as Constituições atuais, como a Brasileira, aprenderam a lidar racionalmente com os riscos e as dicotomias constitucionais dos últimos dois séculos. Não podem mais ser vistas como polos antagônicos e excludentes. Todas as dicotomias clássicas, como público e privado, via da soberania popular e constitucionalismo, igualdade, liberdade, republicanismo, liberalismo, apenas apresentam uma natureza em que seus polos, embora opostos, também constituam um outro, restaurando uma rica, produtiva e permanente atenção capaz de lidar com as complexidades do crime constitucional.

São necessárias para enfrentar os problemas que antes não eram nem possíveis sem considerar, como aponta Carvalho Netto, "o respeito aos gerados privados" e a diferença "não há espaço público nem direitos privados que não sejam destinados a preservar o respeito público e as diferenças individuais e coletivas".

Não há democracia nem soberania sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria. Qualquer tentativa de impor condicionalismos sem legitimidade popular configura autoritarismo e não democracia.

Diante das diversas diferenças existentes na sociedade e da necessidade de integrá-las sob o manto do Estado Democrático de Direito, é crucial reconhecer que apenas uma identidade do sujeito constitucional, complexa, aberta, incompleta e inclusiva, pode abrigar e promover o constitucionalismo. Pois não há ditadura que possa adequadamente preparar os cidadãos para o exercício da cidadania; somente o efetivo exercício da cidadania produz verdadeiros cidadãos.

4.3 SUJEITO CONSTITUCIONAL E SOMBRAS CONSTITUCIONAIS

Em um sentido bastante simples para ser entendido, há aspectos positivos e negativos em todas as pessoas e personalidades. Aos aspectos negativos, os estudos de psicanálise deram o nome de "sombra", pois é algo que acompanha cada indivíduo e que deve ser observado atentamente. Esses aspectos podem trazer fatores que precisam ser compreendidos para evitar desdobramentos prejudiciais para a pessoa.

Islaine Maciel[993] destaca que o conceito de "sombra" encerra uma ampla gama de significados. Ela ressalta que toda personalidade possui sua "sombra", e cada pessoa lida com esse fenômeno de maneiras distintas. A presença da "sombra" não é uma escolha ou possibilidade, mas sim uma parte intrínseca de todas as personalidades, desenvolvendo-se a partir das experiências acumuladas ao longo da vida da pessoa.

A psicanalista Gisele Gomes[994], explica que é possível que essas vivências acumuladas ao longo da vida desenvolvam contornos bastante negativos caso esta realidade psíquica seja ignorada, pois simplesmente não é possível ignorar este aspecto da personalidade. Mas, de onde vem esta ideia de “sombra”, teria fundamento? E o que teria a ver esta temática com o sujeito constitucional?

A primeira indagação deve ser remetida a quem idealizou o conceito de sombra e como o desenvolveu. Quanto à segunda indagação, uma vez adotada a teoria do sujeito constitucional de Michel Rosenfeld como aporte teórico para explicitar a formação, evolução e até extinção do sujeito constitucional, a projeção de alguns aspectos dessa teoria a partir de metáforas, símbolos e comparações também possibilita a análise de algumas patologias constitucionais.

O tema das sombras psíquicas é relevante, pois oferece uma perspectiva para compreender certos fenômenos que a técnica jurídica pode ter dificuldade em detectar, explicar e prevenir. Isso é especialmente importante dada a complexidade dos fenômenos políticos, jurídicos e de outras realidades que cercam o ser humano.

Disciplinas isoladas não conseguem dar conta destas complexidades se fazendo necessários instrumentos de análise mais sofisticados, como Ronald Dworkin fez com a Literatura e o Direito Constitucional concebendo cada interpretação constitucional pela Suprema Corte norte-americana como mais um capítulo de um Romance, todos encadeados não esquecendo o que ocorreu nos capítulos antecedentes, não fugindo de um roteiro lógico e ligando-se aos capítulos posteriores.

Sem dizer de tantos outros exemplos para resolver questões complexas, como a antropologia como instrumentos essenciais para se tratar da identidade constitucional nas questões indígenas ou a religião no trato da questão do aborto ou

---

[993] MACIEL, Islaine. **Todos temos um “lado sombra” da personalidade**: o que é e como lidar com ele. 15 set. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3HDfZiB. Acesso em: 9 jun. 2022.

[994] MACIEL, Islaine. **Todos temos um “lado sombra” da personalidade**...

a ética no caso da eutanásia sendo o direito uma face da ciência disponível, mas não toda a ciência. Assim, a psicanálise também tem o seu papel na missão de tratar a interpretação constitucional como um processo psicanalítico que envolve diagnósticos, compreensões ocultas, patologias e até desacertos irreversíveis.

A ideia conceitual de sombras tem origem na psicologia analítica elaborada por Carl Gustav Jung (1875-1961), segundo o qual tudo o que foi negado, reprimido ou recalcado, para ser mais preciso, ou desconhecido pelo indivíduo em sua esfera de inconsciência. Há pontos de contato desses estudos com os estudos de Sigmund Freud (1856-1939).

O termo "inconsciência" é utilizado de uma forma menos precisa tecnicamente, e é importante notar que, para alguns intérpretes das obras freudianas, há certos termos que não foram devidamente traduzidos para o português. À rigor, tal termo pode não fazer parte da teoria de Freud sobre o aparelho psíquico, e pode não haver um termo correspondente em alemão que seja diretamente equivalente a "inconsciência".[995]

Como é uma experiência comum, o lado negativo do ser humano se manifesta por meio de sentimentos como ódio e inveja, que efetivamente não contribuem positivamente para o bem-estar da pessoa.

De fato, essa percepção já estava presente nas tradições religiosas. Na tradição cristã, os sete pecados capitais,[996] também conhecidos como "raízes de pecado", elencaram sentimentos ou estados de espírito que, embora não sejam, em si, violações diretas da lei de Deus, têm o potencial de levar a tal violação. Tomás de Aquino, por exemplo, identificou a avareza, a gula, a soberba, a inveja, a ira, a luxúria e a preguiça (ou acídia) como causas do pecado, entendendo-as como fatores que contribuem para a transgressão.[997]

Essas tendências da alma para a pequenez humana desde os gregos já tinham como que um “antídoto”, segundo Platão a alma humana era uma carruagem comandada pelos cavalos e cada um deles tinha um sentido e um significado, daí

---

[995] TAVARES, Pedro Heliodoro M. B. O vocabulário metapsicológico de Sigmund Freud: da língua alemã às suas traduções. **Pandaemonium**, São Paulo, v. 15, n. 20, dez. 2012. Disponível em: https://bit.ly/3OeZpJP. Acesso em: 15 jun. 2023.

[996] IGREJA CATÓLICA. **Cânone 1866-1867**. Disponível em: https://bit.ly/3Hy3qVQ. Acesso em: 15 jun. 2023.

[997] AQUINO, Tomás de Aquino. **Suma teológica**. Disponível em: https://bit.ly/3Oi6Z6p. Acesso em: 29 set. 2023.

surgindo o rol das virtudes naturais[998] ou precisamente, cardeais ou morais segundo Tomás de Aquino,[999] são elas a prudência, a temperança, a justiça e a fortaleza, ditas virtudes naturais por Tomás de Aquino tese sobre as quais se assentavam as virtudes teologais[1000] como a fé, a esperança e a caridade, constantes da Suma Teológica escrita entre os anos de 1265 a 1273.

Para onde puxassem os condutores da carruagem que conduzia a alma humana para lá seria o destino da alma. Se na filosofia antiga e nas tradições espirituais das diversas tradições, e não só cristãs, havia esses saberes consolidados, por não serem 'científicos', a ciência da Psicanálise precisava achar a sua própria explicação e o seu próprio método para empregar esses conhecimentos.

Assim, Freud desenvolve certos aspectos do tema e Jung assenhora-se de tradições de diversas culturas religiosas, inclusive, sendo considerado por muitos um místico[1001] mais do que um cientista.

Esse lado “sombrio” do ser humano Jung explora em seus mais diversos contornos denominando tal fenômeno “sombra”, como sendo um dos lados do homem, uma das facetas da personalidade que tem a função psíquica de trabalhar com os instintos do ser humano. Como visto anteriormente, a ira, a inveja, enfim, tudo aquilo que ninguém gostaria nem de reconhecer que sente.

Há nas camadas mais profundas da mente e de forma inconsciente ao sujeito o bem e o mal, cujo processo de reconhecimento aflora na medida em que o indivíduo consegue vislumbrar à luz da consciência aspectos que se revelam como negativos, ruins, errados à luz das mais diversas facetas que instruem o ser humano como a educação, a cultura, o meio social, a religião, a ética e as tantas outras tradições morais ou religiosas, obviamente abstraindo-se aqui a discussão sobre o relativismo e o universalismo.

É inevitável que se objete que para algumas culturas há aspectos considerados corretos e bons e em outras incorretos e ruins, mas se tirando à parte essa digressão, de uma forma geral há aspectos que são vivenciados em profundidade por todo ser humano, pois a inveja e o ódio são sempre nocivos a qualquer pessoa.

---

[998] KELLER, Antonio Carlos Rossi. **40**: virtudes morais, virtudes teologais. 12 maio 2003. Disponível em: https://bit.ly/3St5uF1. Acesso em: 15 jun. 2023.

[999] AQUINO, Tomás de Aquino. **Suma teológica**...

[1000] AQUINO, Tomás de Aquino. **Suma teológica**...

[1001] LACHMAN, Gary. **Jung, o místico**. 1. reimp. São Paulo: Cultrix, 2010.

Dessa forma, assentados os fundamentos e as considerações marginais da questão central nesse ponto do escrito, que é a noção de “sombra” na teoria de Jung, para depois a relacionar no plano das metáforas para buscar se entender as patologias do sujeito constitucional e seus processos de formação

Pode-se considerar a “sombra” como um “eu oculto”, um “eu escondido” e é oculto e escondido porque o ser humano o rejeita, não pode ser concebido à plena luz da consciência. Rosenfeld tomou alguns aspectos da teoria de Freud, poderia ter tomado alguns aspectos da teoria de Jung, em especial ao tratar da “individuação” da personalidade por exemplo.

Jung analisa o momento em que a personalidade como que amadurece e toma uma maior consciência de si mesma, quando o inconsciente é enfrentado a consciência se obriga a revelar-se, sair de suas sombras expondo uma a personalidade até o ponto de haver uma revelação da personalidade total que seria a individuação. Isso não vai ser tratado aqui, mas é outro indicativo de que o sujeito constitucional ao se defrontar com todos os aspectos da realidade amadurece, se autonomiza, se individualiza e se revela mais íntegro.

Em outras palavras, a Suprema Corte, ao não enfrentar o problema da escravidão no caso *Dred Scot*, deixou que as sombras vencessem, perdeu a oportunidade de enfrentar sua identidade pré-constitucional em que já estava instalada a escravidão, caso tivesse enfrentado este assunto, sairia mais fortalecida, íntegra, bem como a Constituição expressaria verdades constitucionais, políticas e sociais de forma mais eloquente.

Sabe-se amplamente que as interpretações da Suprema Corte desempenham um papel crucial na compreensão e aplicação da Constituição. No caso Dred Scott, as interpretações desfavoráveis resultaram na falta de reconhecimento do sujeito constitucional, gerando um impacto psicológico equiparado ao recalque freudiano.

Assim como os seres humanos expressam seus resultados por meio de sintomas ocultos e surtos, a interpretação institucional desse trauma se manifestou externamente por meio de conflitos, como a guerra. Portanto, vários aspectos podem ser considerados em uma teoria como essa, proporcionando uma explicação razoável para certos fenômenos de ordem constitucional.

Os conhecimentos provenientes da teologia e da psicanálise apontam para certas realidades humanas, revelando o ser humano em suas profundezas como

alguém suscetível a características consideradas socialmente inaceitáveis, tais como perversidade, crueldade, inveja, preguiça, gula e luxúria.

Essas dimensões são percebidas como um lado sombrio do ser humano, muitas vezes mantido oculto em uma repartição à parte, como um estranho relutante em se revelar. Esse aspecto, assustador e terrível, persiste na vida inconsciente do ser humano, existindo à parte da personalidade. Apesar dos esforços individuais para reprimi-lo, esse lado sombrio continua a se manifestar, resistindo às constantes tentativas de supressão.

Marcelo Lábaki Agostinho[1002], psicólogo clínico do Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo (IP-USP), citado por Islaine Maciel, explica que "a sombra é algo escondido na vida inconsciente e que, por ser assustador, fica à parte da personalidade", esclarece que "o crucial não é identificar quando esse lado sombra se desenvolve, mas sim o que fica desintegrado da nossa personalidade e por quê".

Agostinho[1003] alerta para o fato de que "o que não é elaborado pode surgir como um comportamento estranho, um sintoma, que não pode ser compreendido somente pelas formas racionais de conhecimento, pois envolve os aspectos inconscientes de nós mesmos".

Os psicanalistas mencionados anteriormente explicam diversos aspectos da teoria freudiana e da teoria psicanalítica de Jung ao abordar a presença de sentimentos reprimidos. Eles destacam que esses sentimentos não são considerados admissíveis no plano da consciência e que o indivíduo lida com pensamentos assustadores. Argumentam que os aspectos negativos do ser humano precisam ser acolhidos, elaborados e integrados à personalidade.

Alertam que o que é rejeitado e não trabalhado pode emergir, causando desconforto, uma vez que o ser humano muitas vezes enfrenta dificuldade em lidar com esses aspectos. Em determinadas circunstâncias, tais sentimentos, pensamentos e impulsos podem roubar a atenção, desencadeando emoções e impulsos que carregam dor e vergonha, tornando desafiador para o indivíduo enfrentar e reconhecer tais elementos em si mesmo.

[1002] MACIEL, Islaine. **Todos temos um "lado sombra" da personalidade**...
[1003] MACIEL, Islaine. **Todos temos um "lado sombra" da personalidade**...

O Apóstolo Paulo[1004] se arrisca ao expor exatamente o que ocorria na comunidade dos Gálatas ao lhes escrever que, as “obras da carne” são a imoralidade sexual, impureza e libertinagem; idolatria e feitiçaria; ódio, discórdia, ciúmes, ira, egoísmo, dissensões, facções e inveja; embriaguez, orgias e coisas semelhantes” advertindo a comunidade de que tais atos são incompatíveis com a dignidade cristão e com a destinação ao “Reino de Deus”.

Pois são precisamente tais sentimentos que causam um estranhamento para a própria pessoa, mas que não é suficiente reprimir e esconder o tempo todo sem se perguntar o que está na raiz de tais manifestações.

O método psicanalítico esclarece que, se não forem abordadas em sua raiz, essas manifestações inconscientes têm o potencial de emergir de maneiras imprevisíveis, assumindo formas prejudiciais para si mesmo ou para outros. Isso pode se manifestar como violência verbal ou física, explosões emocionais, gatilhos psicológicos, como se uma outra natureza tomasse o controle. Paralelamente a essas manifestações, é inevitável o sentimento de culpa quando o indivíduo percebe esse lado desconhecido e sombrio de si mesmo.

Não se imaginava que, embora negativos, esses aspectos também façam parte da natureza humana. Na abordagem teológica, conforme demonstrado por Tomás de Aquino, certos aspectos da natureza humana são considerados gatilhos que predispõem a alma a pecados mais intensos, sendo denominados de pecados capitais.

Exemplos desses gatilhos incluem a ira, a luxúria, a inveja, entre outros, enumerados em sete modalidades conhecidas como "pecados capitais". Esses são considerados as raízes, as cabeças de desvios morais e espirituais mais profundos.

A "sombra" na psicanálise assemelha-se aos pecados capitais na teologia, ambos buscando compreender e controlar aspectos menos visíveis da natureza humana. O desafio para o ser humano reside em encontrar um ponto de equilíbrio e decidir como lidar com esse arsenal desconhecido, a fim de manter-se dentro dos parâmetros considerados "normais" de acordo com os padrões culturais e da época.

A falta de controle sobre essa faceta humana pode resultar em manifestações neuróticas ou psicóticas, prejudicando não apenas o indivíduo, mas também aqueles que têm relacionamento com ele. Assim, enfrentar e controlar o

[1004] BÍBLIA ON-LINE. **Carta aos Gálatas**. Gal. 5,19-21. Disponível em: https://bit.ly/3UgDFkv. Acesso em: 15 jun. 2023.

lado sombrio é essencial para evitar que uma essência potencialmente prejudicial do ser humano prevaleça.

Dentro da tradição judaica cristã, esta tendência natural ao mal é um fator que sempre desequilibrou o ser humano e seria devido ao “pecado original”, tema explorado em profundida na obra de Santo Agostinho, Confissões que tem um teor psicológico extremamente avançado apesar de haver sido escrita no século V.

O mito adâmico, presente em diversas tradições religiosas, também faz alusão a um momento de queda do ser humano em algum ponto de sua história. A psicanálise, por sua vez, busca corroborar essa experiência universal como algo que deteriora, corrompe e envolve o ser humano em trevas. Destaca-se que essa luta pelo controle da vida consciente é considerada a fonte do sofrimento humano.

Nesse contexto, cabe ao indivíduo identificar e não ocultar tais sentimentos, pensamentos e instintos que se manifestam de maneira sutil, mas também de forma brutal. O reconhecimento e a abordagem desses elementos são essenciais para a compreensão e superação do sofrimento humano.

Como as pessoas são tão diversas em função dos mais variados aspectos culturais, econômicos, do ponto dos valores filosóficos ou religiosos cultivados, história de vida ou do seu grupo social leva a duas atitudes fundamentais em relação a tudo isso que o ser humano não aceita em si, ou projeta suas sombras no outro, busca jogar sempre para os outros o lado obscuro do seu ser que por vezes o assaca de forma imprevisível gerando reações em menor ou maior grau como forma de “eliminar” a “sombra” em si ou aceitar e compreender que isso faz parte de si mesmo.

Seria a partir da compreensão de que há coisas que não é possível controlar ou saber sobre si mesmo buscar cada vez mais um aprofundamento com o mundo interior e assim trabalhar, acolher e integrar à personalidade o seu lado sombrio o que pode ser o começo de uma grande jornada da alma humana, mas que certamente terá como recompensa uma maior chance de paz interior do que ficar numa eterna atitude de negação e nunca se reconhecer no estranho que a todos habita.

Não deixa de ser algo extremamente intrigante que os relatos sobre o homem mais justo, amável e divino, segundo a crença cristã, que aceitou morrer de forma horrível com tormentos indescritíveis tenha um dia sentido a ira explodindo em si quando arremeteu contra os vendilhões do Templo de Jerusalém e vendo que a

casa de oração havia sido tomada por negociantes, não narra o Evangelho de Marcos que Jesus simplesmente fora tomado de ira, mas que antes “fez um chicote de cordas” e os chicoteou os expulsando do Templo. Ou seja, teria havido um momento de reflexão sobre aquilo, o que indica autocontrole.

Seria o lado sombra que se não existe num Deus pode existir num homem que viera à tona? Ou foi justamente a domesticação destas forças interiores que teriam sido canalizadas para um objetivo correto, justo e santo? Mas mesmo sem alusões aos capítulos da história da psicanálise ou da religião ou da filosofia oriental ou ocidental ou das tradições espirituais mais antigas, há algo que atualmente justamente pela divulgação de todas estas experiências registradas na vida dos povos se percebe que quem tem autocontrole tem mais chances de ser feliz na vida, mas este autocontrole não pode ser obtido à custa de sufocar sentimentos porque isso também faz mal à pessoa.

Portanto, há aspectos negativos em todas as pessoas e isso se pode sentir na grande dificuldade de se fazer sempre o que é o certo e o correto, pois uma vida virtuosa não é fruto do acaso nem de uma vida sem disciplina interior.

O método psicanalítico desenvolvido buscou compreender estes fenômenos a partir da observação científica como no caso de Freud, das comparações, dos diversos relatos da literatura ou das mitologias, estas exploradas com mais intensidade por Jung do que por Freud, que também revelavam aspectos psicológicos de forma inegável, da interpretação dos sonhos e dos elementos extraídos dos sonhos de diversas pessoas que catalogados, sistematizados e contextualizados começaram a dar certas pistas do que se passava no mundo inconsciente do sonhador.

Freud relacionou com certa intensidade os seus estudos com a sexualidade e as diversas fases da função sexual no indivíduo, como os outros aspectos supra referidos, e a partir daí começaram a ser revelados os aspectos próprios e os sintomas das neuroses e outras patologias da mente ou “aparelho psíquico” como preferia dizer Freud.

De fato, Jung não apenas incorporou e colaborou com muitos aspectos das descobertas de Freud, mas também desenvolveu um método distinto que integrava elementos de diversas tradições espirituais e mitologias. Ao contrário da abordagem de Freud, Jung atribuiu um papel menos proeminente à sexualidade em sua teoria de psicologia analítica.

Embora reconhecesse a importância da sexualidade como elemento estruturante do ser humano, Jung não a considerou essencial em sua teoria, diferenciando-se assim da abordagem freudiana. Sua psicologia analítica buscou explorar aspectos mais amplos e profundos da psique humana, incorporando influências de diversas fontes culturais e espirituais.

Um segundo aspecto a ser destacado é que se a teoria psicanalítica de Freud se centrava mais no indivíduo, a teoria de Jung buscava identificar elementos que demonstrassem o aspecto coletivo como uma dimensão da compreensão da psique humana, o que o levou a ideia de inconsciente coletivo, por exemplo.

De igual forma, Jung trabalhou com a dimensão simbólica, explorando o que essa dimensão revelava ao ser humano. Além disso, Jung compartilhou diversas experiências pessoais, sendo as mais intrigantes detalhadas em sua biografia, e outras reveladas após seu falecimento por meio de desenhos e anotações do seu famoso “Livro Vermelho”.[1005]

Obviamente, esses aspectos e seu aprofundamento, além do ponto ora exposto, fogem do objeto deste estudo. A finalidade é assentar, de forma didática e sistematizada, alguns aspectos considerados essenciais para compreender ou ter uma noção das teorias sobre a mente humana. A leitura entrelaçada do direito e da psicanálise certamente requer uma delimitação e foco específicos, abordando os elementos mais relevantes para o contexto proposto.

Conquanto tenham obras mais específicas já publicadas no Brasil[1006] e constando de algumas linhas de investigação em centros de inegável relevância acadêmica, são tomadas nestes escritos para situar e contextualizar a teoria de Michel Rosenfeld[1007] visando estudos que envolvem Democracia e constitucionalismo.

Entende-se que tais estudos do constitucionalista norte-americano ao serem acolhidos inicialmente e traduzido por Menelick de Carvalho Netto[1008] acrescenta à diversidade de possibilidades hermenêuticas instrumentos mais sofisticados que ao

---

[1005] JUNG, Carl Gustav. **O livro vermelho**. Tradução: Gentil A. Titton. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

[1006] PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei**: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

[1007] ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy**: theoretical perspectives. Durham/London: Duke University Press, 1994.

[1008] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**...

lado de teorias como a teoria sistêmica de Niklas Luhmann[1009] e a teoria dos Riscos de Rafaelle di Giorgio[1010] amplia a metodologia dos estudos do Direito Constitucional e do Direito como um todo.

Essa dimensão ampliada sob o ponto de vista metodológico[1011] reveste-se de um dos aspectos mais essenciais e indispensáveis ao enfrentamento dos problemas humanos que, no fundo, sempre foram os mesmos, mas que, na sua forma, de se apresentar e serem compreendidos em especial na pós-modernidade, exigem um grau de complexidade[1012] e sofisticação que tais teorias tem condições de apresentar.

O sujeito constitucional no Brasil e na América Latina enfrenta grandes desafios, assemelhando-se a um navio em meio a uma tempestade violenta diante de gigantescas ondas.

O tema neste continente está à beira da deriva, e a Democracia, como o navio em questão, sofre não apenas ataques externos, mas, de forma ainda mais significativa, ataques internos. Nesse contexto, a aplicação da categoria proveniente das teorias psicanalíticas, como "a sombra", revela-se de uma utilidade notável, dada a sua capacidade de iluminar aspectos ocultos, e representa um bem considerável em um contexto tão vital para a sociedade brasileira, latino-americana e mundial.

[1009] MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoiético. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 82-88, 2º sem. 1998.

[1010] DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

[1011] Refere-se aqui à metodologia como se faz em relação à relevância do estudo do Direito Comparado, pois, o entrelaçamento destas diversas ciências se faz necessário, posto que os problemas do ser humano no mundo e a sua possível solução necessariamente esbarram na estrutura da complexidade que reveste toda a existência humana, seja devido à tecnologia, seja em relação ao próprio avanço ou retrocesso das ideias democráticas. Cada vez mais, isso implica em lidar com a diferença e, portanto, com a questão da pluralidade nos seus mais diversos níveis, a tal ponto que se pode dizer que estudos que não consideram estes aspectos são insuficientes e limitados, se partirem de proposições mais amplas. Obviamente, não se coloca isso como crítica ou mesmo um olhar menos respeitoso, mas trata-se de aspectos estritamente metodológicos. Se outros esquemas de estruturação de saberes se prestam a investigar certos aspectos de certas áreas do imenso caudal de saberes, mas renunciam a uma das características da pós-modernidade, que é a complexidade, não podem ser consideradas adequadas para darem respostas sofisticadas a partir de instrumentos de análise tolhidos desta característica. Não podem proceder a inserções sofisticadas sem os aparatos metodológicos adequados do ponto de vista e do objetivo a que se prestam.

[1012] MORIN, Edgar. **Os setes saberes necessários à educação do futuro**. Tradução: Catarina Eleonora F. Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2000.

Neste ponto, conectam-se de maneira mais clara o tema do ativismo judicial, o tratamento da Constituição a partir do devido processo substancial e as reservas ao neoconstitucionalismo. Isso possibilita a compreensão, à luz da teoria do sujeito constitucional de Rosenfeld, da extensão, dos equívocos e dos enormes problemas estruturais que certa tendência solipsista da figura do julgador está gerando.

Essa abordagem é objeto de uma crítica contundente da escola institucionalista do Processo Constitucional, a qual ataca de forma inclemente o instrumentalismo processual. Identifica-se na figura da jurisdição redentora e do juiz salvífico, municiado de bom senso e de um sentimento de justiça que julga segundo escopos metajurídicos, um potencial antidemocrático que pode ameaçar a própria Democracia.

5 O PLURALISMO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL COMO VETOR INTERPRETATIVO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVO

5.1 PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANCIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, COMO ELEMENTOS ESSENCIAIS PARA ESTRUTURAR UM PLURALISMO JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO A PROMOVER MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS

No capítulo anterior, foram examinados aspectos específicos relacionados à temática do Sujeito Constitucional sob uma perspectiva jurídica. No contexto mais amplo da psicanálise, o objetivo foi aprofundar a compreensão do objeto da tese. Foram analisadas as diversas manifestações do sujeito constitucional, suas expressões e as patologias associadas, identificadas como "sombras constitucionais". Estas, detêm o potencial de causar danos significativos às Constituições, enfraquecendo-as ou, em casos extremos, levando à sua destruição.

Utilizou-se o aporte teórico da psicanálise no contexto do Direito como um elemento que proporciona uma sofisticação conceitual no âmbito da complexa e profunda Teoria da Identidade do Sujeito Constitucional, desenvolvida por Michel Rosenfeld.

Explorou-se o significado de "sujeito" na leitura entrelaçada entre a psicanálise e o direito, abordando as origens do termo "sujeito constitucional", seu conceito, dinâmica e as interações do sujeito constitucional com o Processo. Além disso, foram utilizados estudos de caso como pano de fundo para a exposição dos conceitos essenciais, visando à compreensão das identidades constitucionais pré-constitucionais e sua posterior integração às novas ordens constitucionais.

O propósito deste capítulo é estabelecer conexões entre os três eixos temáticos centrais, a saber, o Pluralismo Jurídico, o Processo Constitucional Substantivo, e a Identidade do Sujeito Constitucional. Busca-se promover mudanças paradigmáticas e consolidar definitivamente a hipótese inicial, examinando a viabilidade dessa fusão. A ideia é construir um aparato hermenêutico suficientemente capaz de oferecer uma alternativa, visando romper com o paradigma do centralismo estatal na produção e aplicação da norma.

É a apresentação da essência da tese, com todos os elementos constitutivos apresentados nos capítulos precedentes, ampliados e aprofundados, sendo o conjunto dos temas desenvolvidos no contexto do Estado Democrático de Direito, adequado a promover mudanças paradigmáticas propostas. Por fim, foram

apresentadas as microexpressões e macroexpressões do Processo Constitucional Substantivo Pluralista, desenvolvida sob o pano de fundo de alguns estudos de caso.

Para ilustrar os argumentos propostos, dois casos foram vinculados. O primeiro foi o "Caso Corumbiara" em Rondônia, que narrava um conflito fundiário resultando em diversas vítimas fatais. Esse episódio foi inicialmente apresentado como o gatilho narrativo da tese, destacando uma interpretação equivocada envolvendo o direito de propriedade e a dignidade humana.

O segundo e último caso refere-se aos episódios finais da ocupação de áreas urbanas no Conjunto Andorinhas, em Ponta Grossa, com o assentamento de mais de 300 famílias. Este segundo caso foi utilizado para avaliar as mesmas relações entre propriedade e dignidade humana, visando demonstrar o contraste paradigmático e, assim, confirmar a tese proposta.

O desafio proposto no título da tese, relacionado ao Pluralismo do Sujeito Constitucional como vetor interpretativo do Processo Constitucional Substantivo, demonstra sucesso ao atingir todos os objetivos propostos. A conexão e dinâmica interativa dos elementos constitutivos do tema foram eficazmente exploradas, confirmando a hipótese inicial sobre a viabilidade de conectar os três temas que envolvem Pluralismo, Processo Constitucional e a Identidade do Sujeito Constitucional.

Para iniciar este capítulo, tome-se o princípio da unidade da Constituição, como caminho para introduzir alguns aspectos da hermenêutica constitucional. Como conceituado por Reis Friede,[1013] o princípio da unidade da Constituição assenta que “os dispositivos constitucionais devem ser analisados não de forma isolada, mas enquanto integrantes de um dado sistema unitário de regras e princípios”.

Guerra Filho[1014] observa que tal princípio, dentre os demais, aponta para a importância do processo integrador dentre todos os princípios. O princípio da unidade da Constituição, ao mirar na importância da “a unidade no sistema”, visa apreender a fórmula política fundamental da Constituição, que no caso brasileiro

---

[1013] FRIEDE, Reis. Princípios de interpretação constitucional. Parte 1. **Consultor Jurídico**. 1 nov. 2022. Disponível em: https://bit.ly/49bbZ4E. Acesso em: 12 jan. 2024.

[1014] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.40-42.

estaria no art. 1º da Constituição[1015] e no Preâmbulo no qual se faz menção ao "Estado Democrático de Direito".

Cabem aqui alguns conceitos chave como os utilizados por Hans-Georg Gadamer, como a pré-compreensão, no contexto de um universo de "pré-compreensões" a orientarem o intérprete. Desta forma, não é possível que nenhum intérprete constitucional, se aproxime do ato interpretativo sem que seja a partir de uma série de pressupostos trazidos nos fundamentos do paradigma do Estado Democrático de Direito, este é o horizonte de sentido, expressão construída no contexto do chamado "giro hermenêutico".

É crucial retomar este aspecto, o fenômeno conhecido na doutrina como "giro hermenêutico", pois representa o ponto de referência fundamental para a compreensão de todas as teorias jurídicas filosóficas contemporâneas. Esse giro hermenêutico está inserido em um contexto mais amplo, composto por diversos pensadores de grande relevância, incluindo Robert Alexy, Ronald Dworkin, Claus Günter, entre outros. O tema foi abordado de forma mais abrangente no capítulo 2, ao estabelecer a relação entre hermenêutica e Processo Constitucional.

A expressão "giro hermenêutico" ("*hermeneutic turn*") é utilizada pela primeira vez (ao todo o termo é citado 11 vezes) por Don Ihide, em sua obra sobre fenomenologia-hermenêutica de 1971, em que analisa o pensamento hermenêutico de Paul Ricoeur e atribui o sentido de "*hermeneutic turn*" ao movimento de abandonar a linguagem enquanto um elemento neutro na interpretação para um papel ativo e central.

Don Ihide[1016] assinala primeiramente que "o modo como a "virada hermenêutica" emerge e reorienta a fenomenologia para a linguagem é uma chave para o desenvolvimento de Ricoeur em uma "filosofia hermenêutica da existência", e acrescenta a importância deste movimento dentro da hermenêutica para as "implicações mais amplas para a fenomenologia em geral".[1017] (tradução nossa)

O fio condutor de toda a construção hermenêutica contemporânea é a estrutura conceitual desenvolvido por Hans-Georg Gadamer, de onde emanam em

---

[1015] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3vKUnOW. Acesso em: 15 jun. 2023.

[1016] IHDE, Don. **Hermeneutic Phenomenology**: The Philosophy of Paul Ricoeur. Evanston: Northwestern University, 1971, p. 6.

[1017] *The way in which this "hermeneutic turn" emerges and reorients phenomenology toward language is a key to Ricoeur's development in a "hermeneutic philosophy of existence" 8 and to wider implications for phenomenology generally*.

maior ou menor fluxo as ideias estruturantes da doutrina constitucional contemporânea, portanto, sem a compreensão deste autor, dificilmente seria possível compreender os temas centrais sobre os quais os jusfilósofos se debruçam.

Ao lado de Gadamer, destaca-se o nome de Martin Heidegger. Ambos contribuíram significativamente para a ciência interpretativa do Direito e para a filosofia jurídica, resultando em consequências globais para o tratamento da questão hermenêutica. Suas influências foram profundas e moldaram a compreensão contemporânea sobre a interpretação jurídica e filosofia do Direito.

Esses hermeneutas trouxeram uma reconsideração à hermenêutica anterior, que tinha uma natureza mais instrumental e voltada para questões pontuais específicas, conforme advindo da experiência interpretativa da hermenêutica judaico-cristã. Esse repensar evoluiu ao longo do tempo, chegando a autores mais contemporâneos, como Dilthey, cujo estudo conciso e denso foi analisado no capítulo 2 desta tese.

Esse estudo demonstra o esforço hermenêutico para alcançar outro conteúdo lógico, constituindo a própria prática cotidiana do sujeito em busca do conhecimento do mundo como o sentido da interpretação.

Com a Reforma Protestante, houve um grande giro interpretativo. Wilhelm Christian Ludwig Dilthey[1018] noticia a evolução hermenêutica a qual vai sendo aos poucos canalizada e sintetizada nos estudos de hermeneutas como Schleiermacher, Martin Heidegger, que acabou influenciando a Hans Georg Gadamer,[1019] estabelecendo-se as grandes vertentes interpretativas da contemporaneidade, que acrescidos aos estudos sobre os jogos da linguagem de Ludwig Wittgenstein, ensejaram o que na Filosofia se denominou chamar de "giro linguístico".[1020]

Jean Grondin[1021] destaca que o "giro linguístico" passa por diferentes fases, considerando o impacto das ideias de diversos autores. Uma dessas fases é denominada "giro pragmático", evidenciada na obra de Ludwig Wittgenstein e sua teoria dos "jogos da linguagem". A outra fase é caracterizada pelo pensamento de

---

[1018] DILTHEY, Wilhelm. O surgimento da Hermenêutica. **Numen**, Juiz de Fora, v. 1. n. 1, p. 317, 1999. Disponível em: https://bit.ly/42rSjrr. Acesso em: 24 jan. 2024.

[1019] Hans-Georg Gadamer foi aluno de Martin Heidegger e seu orientando na Universidade de Marburg, na Alemanha, a partir de 1923, como informa Luiz Rohden. (ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002).

[1020] ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**... p. 65.

[1021] GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 159.

Heidegger e Gadamer. Grondin[1022] afirma que, ao analisar essas teorias como um todo, é possível deduzir que "a compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão emergente, da condição existencial demarcando os limites de validade e a adequação temática em cada momento interpretativo".

Todas as construções descritas destacam a linguagem como condição essencial para qualquer ato interpretativo. Não é possível realizar filosofia sem levar em consideração a linguagem, que é um elemento constitutivo do saber humano. A compreensão e interpretação de qualquer fenômeno estão intrinsecamente ligadas ao papel fundamental desempenhado pela linguagem.

Heidegger e Gadamer deslocam a estrutura linguística para o centro da hermenêutica, pressupondo que a linguagem é a condição existencial do homem em seu mundo. De acordo com essa perspectiva, o mundo só pode ser estruturado, interpretado e compreendido por meio da linguagem. A ideia é que não pode existir um outro mundo que não seja interpretado pelo homem, fundamentando assim toda a construção do conceito de "giro hermenêutico".

Hans-Georg Gadamer,[1023] a partir de estudos de hermenêutica teológica, citando autores como Bultmann e Hofmann, referências naquela área de estudo, destaca que toda compreensão pressupõe uma dupla relação, uma do intérprete com o texto e outra de natureza prévia, anterior do autor com o tema mediado pelo texto.

É a essa "pressuposição hermenêutica" que se dá o nome de *pré-compreensão,* porque não é produto do procedimento compreensivo uma vez que o "antecede". Por outro lado, essa pré-compreensão que confere sentido à interpretação é sempre evasiva e necessita de aproximações contínuas ao objeto da compreensão. Nesse sentido, Gadamer[1024] afirma que todo historiador e todo filólogo devem, por princípio, considerar a impossibilidade de fechar o horizonte de sentido, expressão cunhada por Heidegger.

A compreensão transmitida sempre acrescenta novos aspectos significativos devido à continuidade do acontecer, sempre atualizando a compreensão. Assim

---

[1022] GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**... p. 159.

[1023] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 599.

[1024] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**... 3. ed... p. 491.

como os eventos em um contínuo acontecer, os textos também se integram a essa mesma dinâmica, revelando-se uma possibilidade histórica do compreendido.

Gadamer[1025] fundamenta seu pensamento na superação de uma interpretação voltada para o objeto, em contraste com o sujeito, a partir das construções de Heidegger. Este, por sua vez, transitou por conceitos de Husserl e sintetizou a compreensão de que era necessário reelaborar o ator interpretativo, conferindo centralidade ao sujeito. A interpretação e a compreensão passam, assim, por uma contextualização do ser no tempo, fenomenologicamente e dialeticamente.

Como afirmado por Valéria Cássia Dell'Isola,[1026] para Heidegger, a interpretação de algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia não sendo possível uma compreensão isenta de pressuposições, neste sentido, afirmou que em todo princípio de interpretação parte-se daquilo que "já está posto", daquilo que "já é", daquilo que é preliminarmente dado "na posição prévia, visão prévia e concepção prévia".

Gadamer afirma que o ser humano, sendo mortal, é um ser finito. Nessa finitude histórica da nossa existência, reside o fato, consciente ou não, de que cada geração sucessiva trará novas formas de compreensão. Em termos de hermenêutica, é inquestionável que a mesma obra, transformada na plenitude de sentido em outras formas de compreensão, permanece como sendo a mesma história, cujo significado continua a determinar-se incessantemente.

A redução hermenêutica à opinião do autor é inadequada, pois nunca será possível tocar na essência da compreensão nem comunicar completamente o que se experimenta. Hans-Georg Gadamer elaborou sua teoria interpretativa integrando a compreensão e interpretação de texto. O sentido atribuído às obras de arte e à experiência humana como um todo acaba construindo o conceito de "pré-compreensão", ilustrando assim a atividade do espírito humano em busca da interpretação.

A alusão a um "horizonte" é expressiva, pois nesta linha imaginária onde o céu e a terra aparentam se entrelaçar, evoca justamente a finitude da compreensão, além da qual há mais e muito mais a ser compreendido. Desta forma, a metáfora dos

---

[1025] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**... 3. ed... p. 491.

[1026] DELL'ISOLA, Valéria Cássia. **Pré-compreensão e linguagem**: horizontes hermenêuticos da decisão judicial. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019, p. 91-92. Disponível em: https://bit.ly/3vK4EKZ. Acesso em: 2 jun. 2023.

horizontes retrata uma maneira mais sensível de entender a ideia de como o ato interpretativo transcorre para o intérprete, que sempre levará algo de si no processo interpretativo.

Não seria crível que um ser não trouxesse consigo o seu mundo, experiências, conhecimentos, crenças e valores que vão conformando a compreensão sobre a vida, o mundo e os seres. Este será o "horizonte de sentido" pessoal, o qual interage com o horizonte de sentido do outro. Nesse contexto, o termo "outro" pode ser lido como um texto com o qual se "dialoga", uma ideia, uma "obra de arte" na qual se busca compreensão inevitavelmente. É, enfim, uma interação com algo que vai além das próprias expectativas e experiências, podendo ser uma tradição cultural, tudo tendente a uma compreensão mútua.

Naturalmente, sem um mútuo consentir, não haverá diálogo. A imposição unilateral de um sentido de horizonte, em vez do compartilhamento de um horizonte de sentido, impede a compreensão. Daí a necessidade de uma abertura existencial ao outro, visando alcançar uma compreensão mais profunda. Ao mesmo tempo em que se avança em novas experiências e compreensões, o horizonte se transforma e se amplia, pois a compreensão é dinâmica.

A metáfora de horizontes utilizada por Gadamer é uma base filosófica essencial para compreender a Constituição enquanto texto. Sua interpretação ocorre a partir de um "horizonte de sentido" e "pré-compreensões" constitucionais trazidas pelo sujeito constitucional, carregado de cargas semânticas sobre nacionalidade, tradições e culturas. Quando um texto constitucional é sucedido por outro, sempre haverá algo a ser incorporado, e esse processo reflete a dinâmica e a evolução da compreensão constitucional.

Também no ato interpretativo em si, o intérprete terá um ponto de partida. Para a metáfora gadameriana do "horizonte de sentido", que já vem marcado por um mundo de "pré-compreensões" no sentido cultural, histórico, social e linguístico, essa mesma pré-compreensão molda a forma como o intérprete interpreta o texto e influencia sua compreensão e significado. Tudo isso ocorre em uma crescente interatividade com o outro. Nesse contexto, é impossível não mencionar, mesmo que de passagem, a ideia de Hegel quanto à importância do outro para a construção da própria identidade.

Todos esses conceitos ricos em termos de cargas semânticas, metáforas, pré-compreensões e horizontes de sentido podem ser aplicados na Teoria

Constitucional a partir da concepção de que a Constituição é um documento complexo e aberto a diferentes interpretações das mais diversas tradições. Os intérpretes constitucionais, em uma concepção democrática como a de Peter Häberle, devem ser o mais abertos possível, incluindo uma comunidade de intérpretes da Constituição, que trazem consigo suas próprias pré-compreensões ao analisar e aplicar os princípios e normas constitucionais.

Em um segundo momento mais refinado, pode-se adotar a teoria de Michel Rosenfeld sobre o sujeito constitucional para compreender como a pré-compreensão de uma ordem constitucional anterior se relaciona com a posterior e como se constrói a identidade do sujeito constitucional.

Esse refinamento teórico, trazido com a noção de giro linguístico, é enriquecido pelas múltiplas formas e construções conceituais, como o conceito de paradigma de Thomas Kuhn, para designar o paradigma de Estado Democrático. Esse paradigma oferece um horizonte de sentido pluralista a todo o texto constitucional, levando em conta o princípio da unidade da Constituição.

Observe-se também que Gadamer, com sua categoria de pré-compreensão, acaba colaborando na estruturação da identidade do sujeito constitucional, conceito este desenvolvido por Michel Rosenfeld, que traz elementos da psicanálise para analisar o mesmo fenômeno. Ronald Dworkin também contribui ao trazer a teoria literária, também interpretativa, como categoria hermenêutica.

A interpretação constitucional, quando sujeita a limitações perigosas, pode ficar à mercê dos caprichos dos mais variados sistemas autocráticos. Essa situação pode começar com a decisão de um juiz baseada na necessidade pragmática de resolver um caso, mas eventualmente adotar uma perspectiva reducionista e patológica, sem amarras de controle ou justificativas democráticas e republicanas. Esse cenário pode se estender até um *modus operandi* de uma Suprema Corte, por meio de um tipo de ativismo judicial desarrazoado e desproporcional.

Esse Supremo Tribunal ou Corte Constitucional, independentemente da denominação utilizada, pode acabar tomando decisões em nome da sociedade, agindo como se esta estivesse desprovida de orientação. Ao se posicionar como a instância final, o judiciário assume o papel de árbitro entre o certo e o errado, o legal e o ilegal, conforme apontado por Ingeborg Maus em relação à Corte Constitucional alemã.

Portanto, o ponto de partida e de chegada desta tese é a complexidade como estratégia para proporcionar uma oportunidade histórica maior, visando garantir os valores preexistentes da democracia e da república fundamentados em um Estado de Direito comprometido com uma sociedade sempre em busca de emancipação. Essa abordagem deve ser contrária a todas as formas de reducionismo que podem facilitar discursos autocráticos em seus diversos níveis de poder, seja por parte do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário.

Também podem ocorrer distorções por meio do exercício de certas modalidades de constitucionalismo que envolvem a vontade popular, diante da manipulação dos próprios horizontes de sentido e percepção do constitucionalismo democrático. Isso é especialmente relevante em países com um passado histórico como o Brasil, marcado por experiências recentes e por autoritarismos de diferentes orientações políticas, tanto de esquerda quanto de direita, e seus extremismos em diversas formas e estratégias que ameaçam a essência democrática.

A abordagem das noções de processo constitucional, resgatando aspectos positivos do devido processo substancial, incorporando teorias da proporcionalidade e reconhecendo a manifestação da pluralidade do sujeito constitucional, é uma contribuição valiosa para a construção de um direito constitucional emancipador.

Essa perspectiva integrada, dialogante e expansiva pode representar um passo importante na evolução do direito constitucional, promovendo um sentimento de constituição, conforme destacado por Pablo Lucas Verdú.

A busca por reunir um rico horizonte de sentido dialogante, incorporando o pluralismo de Wolkmer e Maliska, os refinamentos da teoria constitucional de Menelick de Carvalho Netto, as teorias do Sujeito Constitucional de Rosenfeld, especialmente delineadas por Chai, e o didatismo de Paulo Ricardo Schier, aponta para a construção de novos horizontes constitucionais.

Esse diálogo visa promover um constitucionalismo emancipador, inclusivo e libertário, em que as pré-compreensões são moldadas por diversas influências, como a formação jurídica, valores pessoais, experiências profissionais e posicionamentos políticos.

Exatamente, a consciência da própria pré-compreensão e a abertura ao diálogo são aspectos fundamentais para uma interpretação constitucional mais rica e abrangente. Reconhecer que diferentes intérpretes podem trazer perspectivas

valiosas e que não existe um monopólio da verdade no processo interpretativo contribui para uma compreensão mais democrática e inclusiva da Constituição.

O diálogo constante entre intérpretes, comunidade jurídica e sociedade é essencial para garantir uma interpretação justa e atualizada da Constituição, refletindo os valores e necessidades em evolução da sociedade.

O formalismo frio, assistemático e o desenraizamento da ciência do Processo da realidade constitucional, acorrentaram o avanço de um Processo autenticamente democrático por décadas. As referências teóricas no campo do Processo, em que pese o lustro de seus autores, não eram capazes de dar respostas a questões que por natureza são mais complexas e exigem saberes construídos a partir desta complexidade.

Não se pode ser evidentemente ingênuo a tal ponto de imaginar que as opções conceituais se passavam meramente no plano teórico e abstrato. Havia interesses de classe, interesses ideológicos e comprometimentos institucionais, tal como aconteceu na Alemanha Nazista. Existiam autores que eram coniventes com o sistema autoritário e outros que eram indesejados.

Dessa forma, os trabalhos eram classificados como publicáveis ou não, e os interesses das Instituições de Estado, incluindo a Academia, eram selecionados de acordo. Há diversos relatos de mestres excluídos de universidades no período nazista, sendo Hans Kelsen um dos primeiros em Viena.[1027]

Nem sempre a titulação acadêmica ou a sofisticação intelectual pareiam com a integridade moral e o ambiente acadêmico não é uma exceção seja em tempos sombrios como no regime nazista seja em qualquer outro tempo, os tempos difíceis apenas facilitam que os homens se revelem tais quais são, mas não revelam nada além do que sempre ali esteve e o mais insuportável é que não poucas vezes são justamente estes os primeiros a tomar a palavra em defesa da ética, da moral, da decência e das liberdades democráticas justamente para ao final negar tudo isso.

Em torno do núcleo temático do Processo Constitucional gravitam as dimensões administrativa, legislativa e judiciária, pois a questão central destas reflexões está na garantia de direitos, os quais podem ser afetados pela atividade do administrador, ao longo do exercício do Processo Legislativo e pela atividade ou omissão do próprio judiciário quando lança mão de constitucionalismos do tipo o

[1027] KELSEN, Hans. **Autobiografía de Hans Kelsen**. 4. ed. Tradução: Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

abusivo[1028] ou quando se coloca como o Superego da sociedade como demonstrado por Ingeborg Maus[1029] ou, ainda, a violação pode se dar porque em todas estas instâncias há em comum a positivação e por isso mesmo o poder público em múltiplas instâncias tem o potencial de lesar direitos e causar a lesão a direitos.

O tema do Processo Constitucional difundido no Brasil a partir das reflexões em torno da relação da efetividade da Constituição e o Processo, pelo Prof. Jose Alfredo Oliveira Baracho,[1030] proporciona uma amplidão ao trato das questões constitucionais. Baracho[1031] assinala que o Processo Constitucional é indispensável como elemento da estrutura do complexo ordenamento jurídico, sendo necessário para o contínuo controle e manutenção da norma ordinária em consonância com a Constituição.

Se há instrumentos processuais para efetivar a "jurisdição constitucional das liberdades" como conceituado por Mauro Cappelletti,[1032] essa jurisdição deve ser a instância, onde se dá a proteção das liberdades públicas e os direitos fundamentais, tanto de caráter individual como coletivo ou difusos, por meio de remédios de natureza constitucional processual, abordagem de que se ocupa Guerra Filho.[1033]

Quando se imaginava que bastava a enumeração de direitos para dar vazão aos anseios sociais de Justiça, as sociedades continuavam sobrevivendo à custa de discursos que justificam e legitimam as dominações, tendo como base um amálgama de valores e sistemas na sociedade. Ao mesmo tempo, o Estado foi se assenhoreando de toda a forma de produção normativa e unificando, monopolizando as fontes produtoras do direito para concentrar poder, conforme observado por Grossi.[1034]

[1028] LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **Davis Law Review**, University of California, v. 47, n. 189, 2013, p. 189-260; ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, n. 1, 2017, p. 173-192. Disponível em: https://bit.ly/3SxJby5. Acesso em: 24 jan. 2024.

[1029] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Tradução: Geraldo de Carvalho e Célia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[1030] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 364.

[1031] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**... p. 347.

[1032] CAPPELLETTI, Mauro. La Giurisdizione Constitucionale delle Lbertà. **Quaderni Dell'Associazione Fra Gli Studiosi Del Processo Civile VII**. Milano: Giuffré, 1976.

[1033] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 7.

[1034] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução: Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Inquestionavelmente, foi Hans Kelsen quem, pela primeira vez, construiu um sistema de natureza eminentemente jurídica, no qual a norma encontrava seu fundamento de validade na norma imediatamente superior, e cujo fundamento do sistema jurídico não era uma norma jurídica, mas de natureza psíquica. No entanto, Kelsen identificava a legitimidade apenas na Lei, sendo esta produzida pelo Estado.

É curioso constatar que aquele que é tido pela crítica como o ícone do positivismo estatal atribui o fundamento de todo o ordenamento jurídico a um elemento externo ao sistema, no caso, uma instância de natureza psicanalítica. Essas são noções essenciais ao se trabalhar com a estruturação do Processo Constitucional Substancial.

Tratando do tema do Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, Baracho[1035] afirma que o Processo Constitucional, "através da jurisdição constitucional da liberdade, não poderá estar a serviço de uma ordem jurídica liberal que consagra normas de conteúdo ideológico individualista".

Para Baracho, o Processo Constitucional precisa efetivamente "garantir a ordem jurídica total que tornará o homem livre de todos os dissabores que ferem a liberdade, dignidade e situação de ser humano, dotado de necessidades espirituais e materiais".

Oliveira Baracho evidencia em sua concepção de sociedade e de homem a forte influência da linhagem dos humanistas franceses, em especial denota a forte presença do humanismo integral de Jacques Maritain, que orienta a Doutrina Social da Igreja.

Uma visão humanista acoplada à noção de jurisdição constitucional leva Baracho[1036] a concluir que os instrumentos adequados à proteção dos valores integrais que compõem o núcleo básico de necessidades humanas só serão viáveis por meio de um Processo Constitucional que não tenha apenas preocupações formalistas, mas busque criar uma ordem jurídica e social que abrigue a "totalidade das pessoas, em igualdade de condições, que não deverá ser apenas no plano formal".

Esse avanço teórico foi o maior acontecimento em toda a história do constitucionalismo brasileiro pela magnitude que traz consigo de dar resposta a questões de ineficácia da Constituição que há décadas paralisava a implementação

[1035] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**... p. 364.
[1036] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**... p. 364.

de um autêntico Estado Democrático de Direito e não de um simulacro de Democracia travestido de pseudolegitimidade.

Para Baracho,[1037] o "Processo Constitucional deve ser instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos por quem quer que seja ou mesmo pela ordem econômica e social inadequada, à realização da dignidade humana". Ele atenta ainda para o fato de que o Estado Contemporâneo, visando abrigar os valores essenciais da vida humana, volta-se para uma conciliação dos sistemas nacionais com o sistema mundial, assentando-se sempre no respeito aos direitos e à dignidade das pessoas.

Baracho, em outra obra que aborda Direito Político e Regimes Políticos,[1038] discutirá as tipologias que devem fundamentar as formas e modalidades do poder político, com foco nos valores do Regime Político Democrático. Diante dessas concepções claras sobre Processo Constitucional, é viável contemplar diversas situações que possibilitam reflexões acerca da noção de Processo Constitucional dentro da dogmática jurídica.

A interpretação constitucional democrática implica na integração dos direitos fundamentais com a democracia e assume, conforme Gomes Canotilho, uma teoria dos direitos fundamentais. Willis Santiago Guerra Filho[1039] destaca ainda que o modelo iniciado contemporaneamente com a Constituição alemã de Bonn, já adotado anteriormente pelas Constituições dos países da Península Ibérica, Espanha e Portugal, seguiu essa trajetória.

Para Cappelletti,[1040] o que mais parece caracterizar direitos fundamentais é o fato de que eles, não são atribuídos apenas ao homem singularmente, mas realmente a todos os indivíduos (denominados "garantías individuales" na Constituição Mexicana de 1917, enquanto a Constituição Republicana Espanhola de 1931 os chamou de "garantías individuales y políticas") são, na realidade, permeadas por um valor que transcende o homem individualmente e se estende à toda a sociedade.[1041]

[1037] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**... p. 364.

[1038] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito político e regimes políticos**. Disponível em: https://bit.ly/3HxXTi2. Acesso em: 13 fev. 2020.

[1039] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 19.

[1040] CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Constitucionale delle Lbertà**... p. 1-2.

[1041] *Quello che piú di tutto sembra caratterizzare i diritti fondamentali è il fatto che essi, i quali por usano attribuirsi all`"uomo" anzi all "indivíduo" (garantías individualeis son detti, ade es., nella*

Mauro Cappelletti[1042] argumenta que diante de situações como violação ilegal de domicílio, prisão arbitrária, proibição de uma reunião pacífica, ou mesmo diante de uma lei ou sentença formal ou materialmente inconstitucional, todos os cidadãos se sentem diretamente afetados, não apenas aqueles imediatamente interessados. Eles são afetados em seu direito à liberdade, que, no cerne, é um direito fundamental subjacente a todos os demais direitos.

A lesão aos direitos de um indivíduo afeta, de fato, todos os seres humanos. Cappelletti sugere que é razoável supor que uma violação tão amplamente repercussiva dos direitos fundamentais individuais assume uma dimensão que afeta a sociedade como um todo nos dias de hoje.[1043]

O referido autor[1044] destaca a relevância "ultra individual" dos direitos fundamentais do indivíduo, derivada da natureza do bem protegido por esses direitos. Ele aponta para o fato de que esses direitos, quando verdadeiramente assumem sua natureza, correspondem a uma obrigação e, mesmo antes disso, a uma submissão do Estado, ou pelo menos dos indivíduos que representam e trabalham para o Estado.

Esses elementos constituem um grande obstáculo para a criação de uma garantia judicial efetiva, diferenciada ou adaptada à natureza peculiar desses direitos, emitidos à iniciativa do indivíduo e consistindo em um recurso contra atos prejudiciais do poder estatal.[1045]

---

vigente Constituzione messicana del 1917, mentre la Constituzione repubblicana spagnola del `31 li chiamava garantías individuales y políticas, sono in realtà permeati di un valori che trascendi lo uomo singolo investe tutta intera la società. (p. 1-2) / *Di fronte ad una illegittima violazione di domicilio o ad un arresto arbitrario o al divieto di una pacifica riunione, come di fronte a una legge o ad una sentenza formalmente o materialmente incostituzionale, si sentono in modo diretto colpiti tutti i cittadini e non quelli soli, che immediatamente siano interessati: colpiti in quel loro diritto di libertà, che è il fondo uno solo (o meglio sta alla base, è la causa, di tutti il diritti): spetta ad ogni uomo è la sua lesione, lede ciascuno. E invero si vaste ripercussioni assume oggi una violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, da sembrar*.

[1042] CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Constitucionale delle Lbertà**... p. 1-2.

[1043] CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Constitucionale delle Lbertà**... p. 2.

[1044] CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Constitucionale delle Lbertà**... p. 3.

[1045] *Questa rilevanza "ultra-individuale" del diritti fondamentali "dell'individuo", la quale discende dalla natura del loro oggetto ossia del bene protetto; e il fatto poiché ad essi (quando assumano veramente la natura di diritti) corrisponde un obbligo e prima ancora una soggezione delle Stato o quanto meno (come anch`io credo) degli individui che impersonano ed operano per lo stato tutto ciò ha costituito un grande ostacolo alla creazione di una efficace (e quindi differenziata ossia adatta alla peculiare natura di quei diritti) garanzia giurisdizionali del diritti fondamentali rilasciata all'iniziativa dell'individuo e consistenti un ricorso contro gli atti d`impero lesivi*. (p. 3).

[1045] CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Constitucionale delle Lbertà**... p. 3.

Cappelletti[1046] assenta que, apesar dos obstáculos e das dificuldades, a natureza particular do objeto dos direitos fundamentais conseguiu se refletir de várias formas sobre a estrutura da relação processual, ou melhor, das relações processuais e sobre a natureza e os efeitos do provimento que acolhe o recurso contra o ato inconstitucional.[1047]

Se não há uma lacuna evidente na doutrina constitucional em relação ao estudo do Processo como instrumento de garantia e realização dos direitos em sua dimensão de pluralidade, pelo menos percebe-se uma teorização insuficiente desse aspecto. Essa insuficiência é confirmada por diversas decisões dos tribunais que ignoram essa problemática, mesmo considerando que é o processo e as garantias processuais que efetivam os direitos.

No entanto, surge uma questão relevante: como alcançar essa efetivação operando com conceitos e categorias jurídico-políticas de matriz intensamente democrática, quando a disciplina processual muitas vezes se mostra alheia às finalidades ou ao sentido de um processo democrático? É a partir dessa reflexão que a proposta de estudo ganha forma e busca investigar esse hiato entre Processo e Constituição.

Até este ponto dos estudos, que abordam elementos como Processo, Constituição e Pluralismo, não se observa uma construção articulada ou uma teorização suficiente que indique um formato desenvolvido na doutrina. No entanto, este é um pressuposto que será confirmado ou não ao longo da pesquisa e do desenvolvimento da tese. Ao estabelecer esse argumento *a priori*, somente a verificação concreta durante a pesquisa confirmará ou refutará a tese proposta.

A expressão comum "constitucionalização do Processo" ou "constitucionalização do Direito Público" reflete não apenas a antiga dificuldade em compreender as relações intrínsecas entre Processo e Constituição, mas também evidencia a incompreensão de que o Processo só existe quando incorporado na Constituição. Torna-se totalmente impossível conceber a dicotomia entre Processo

---

[1046] CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Constitucionale delle Lbertà**... p. 3-4.

[1047] *E quando puoi in varî Paesi, spesso in sèguito a faticosi tentativi non sempre pacifici e ad una serie penosa dìnsuccessi, gli ostacoli son stati superati, è allora accaduto che la particolare natura dell`oggeto dei diritti fondamenali si ripercotesse in varia guisa sepecie sulla strutura del rapporto anzi dei rapporti processuali e sulla natura e gli effetti del provvedimento che accoglie i ricorso contro l`atto inconstituzionale*.

de um lado e Constituição do outro, especialmente sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Qualquer expressão que sugira a possibilidade de um processo sem a presença da Constituição é, portanto, prejudicial à ciência jurídica. O Processo Constitucional, em essência, representa o elemento estrutural fundamental que une Processo e Constituição.

do "Pluralismo Jurídico". Analisa-se suas concepções ideológicas, a importância da proteção dos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva sistêmica e plural, considerando-a como condição essencial para a eficácia da Constituição por meio do Processo. Este último é entendido como a expressão concreta do acoplamento estrutural entre Direitos Fundamentais e Democracia.

Vale ressaltar que, no cenário jurídico, há uma carência de estudos que enfoquem o tema do Processo Constitucional sob a ótica do pluralismo jurídico, destacando assim a originalidade e relevância do tema proposto.

Na presente tese, busca-se examinar essas relações utilizando o instrumental teórico do "Pluralismo Jurídico". Analisa-se suas concepções ideológicas, a importância da proteção dos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva sistêmica e plural, considerando-a como condição essencial para a eficácia da Constituição por meio do Processo.

Este último é entendido como a expressão concreta do acoplamento estrutural entre Direitos Fundamentais e Democracia. Vale ressaltar que, no cenário jurídico, há uma carência de estudos que enfoquem o tema do Processo Constitucional sob a ótica do pluralismo jurídico, destacando assim a originalidade e relevância do tema proposto.

O Processo Constitucional é abordado aqui de maneira sistemática, pois integra aspectos políticos e jurídicos. Além disso, é considerado como uma metodologia específica, pois analisa o fenômeno a partir de uma concepção científica, examinando as relações diretas e indiretas das normas do processo (regras e princípios) com a Constituição Federal. Contudo, vai além, incorporando também dispositivos processuais extraconstitucionais, como as normativas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que se integram ao direito por meio de um "Processo".

O estudo aqui proposto não se limita à análise do Processo em si, mas busca compreender como esse Processo atua no contexto da pluralidade,

especialmente na proteção dos direitos diversificados de comunidades, ribeirinhos, grupos sociais, indígenas, cidadãos excluídos digitalmente, quilombolas e daqueles deslocados por barragens. Também se volta para o ator político que utiliza a ação popular, mas muitas vezes não obtém resultados práticos nos Tribunais.

É notável o papel desempenhado pela Ação Civil Pública na proteção de comunidades, envolvendo seres animados e inanimados. Todavia, é importante destacar que essa dinâmica se insere na noção de Processo Constitucional, mas não se esgota nem se limita a isso. De acordo com a perspectiva deste estudo, o Processo Constitucional não se resume à análise das ações constitucionais, diferindo assim de grande parte das obras produzidas no Brasil e no exterior. O objetivo é romper com essa ideia preconcebida e fornecer uma compreensão mais esclarecedora.

O conceito de Processo Constitucional, conforme proposto aqui, antecipa uma tendência que surgiu com o texto constitucional de 1988. Não se trata apenas de "constitucionalizar direitos" como um fenômeno externo, mas sim de compreender o acoplamento estrutural entre direito e política, entre Processo e Direito Democrático, e entre Processo e Constituição.

Tudo isso é analisado sob a perspectiva das garantias que asseguram o exercício dos direitos humanos e fundamentais, sob a abordagem de uma dogmática constitucional emancipatória.[1048]

Dessa forma, surgem estudos decorrentes sobre o Estado Democrático de Direito, uma vez que o Processo Constitucional, enquanto instituição e figura jurídica destacada na Constituição, possui um fundamento e uma concepção principiológica. Portanto, a abordagem não se limita apenas ao estudo do processo constitucional, mas se estende ao Processo Constitucional Substancial delineado pela Constituição Brasileira de 1988, que o valida e legitima.

Investigar o Processo Constitucional em sua dimensão substancial, além da formal, entrelaçado com o tema do pluralismo jurídico à luz da Teoria do Sujeito Constitucional, talvez seja uma saída hermenêutica para explicar como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade se inseriram no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, questionar até que ponto os diversos constitucionalismos, como o abusivo, não seriam a expressão mais eloquente das

[1048] CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

sombras projetadas pelo Sujeito Constitucional ao longo da história e das relações desenvolvidas entre a Democracia e o Constitucionalismo.

Essa abordagem poderia servir como um caminho para justificar e legitimar a aplicação de um princípio, derivado em parte da doutrina alemã e em parte da doutrina norte-americana, que está sendo gradualmente incorporado nos julgados do Supremo Tribunal Federal. No entanto, é importante notar que essa adoção ocorre sem o necessário amadurecimento da sociedade brasileira, bem como sem uma compreensão plena sobre a aplicação desse princípio, que parece orientar toda a atividade da Corte Constitucional.

É verdade que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, há uma compreensão científica satisfatória desses fenômenos. No entanto, pode-se argumentar que ainda não está consolidada uma crítica mais robusta capaz de apontar as deficiências na prática da jurisdição constitucional em países como o Brasil. Essa linha de investigação pode revelar um aspecto novo e original da tese, ao demonstrar que a projeção das sombras do sujeito constitucional pode revelar aspectos de um constitucionalismo patológico, como o abusivo, ou mesmo aspectos patológicos intrassistêmicos que corroem as Constituições internamente, minando as Democracias inclusive de forma interna.

A crítica central reside na argumentação de que os princípios constitucionais são obrigatórios e não estão sujeitos a juízos de ponderação, ao contrário dos mandatos de otimização. Nesse sentido, a jurisprudência de valores adotada pela Suprema Corte alemã é alvo de grande crítica. Outro ponto relevante abordado é a concepção da geração de direitos humanos, indicando que, uma vez positivados no plano interno, esses direitos tornam-se fundamentais.

A concepção da unicidade dos direitos humanos desempenha um papel crucial ao preservá-los da abordagem por etapas, que poderia abrir espaço para sua relativização e, indiretamente, para sua negação. Embora haja diversas considerações pontuais a serem feitas neste ponto, que ultrapassam a finalidade principal deste escrito, isso certamente não exclui a necessidade de reflexão e aprofundamento nas ideias de Alexy.

A Hermenêutica Constitucional, ao adotar uma visão pluralista, incorpora diversas fontes no ato interpretativo, como a norma de direito interpretada, jurisprudência, doutrina, usos e costumes, e a cultura política. Isso contrasta com a abordagem restrita aos dogmas da literalidade da lei e ao poder mitológico dela.

Além disso, a perspectiva do Direito Processual Constitucional, aberto ao pluralismo, busca soluções técnicas mais amplas além do senso comum, evitando limitar-se às convenções tradicionais do direito processual.

Uma visão ampla do Processo implica em reconhecer em seus princípios estruturantes uma normatividade excepcional, conferindo ao Processo uma qualidade que vai além de um mero instrumento de jurisdição, como propõem as escolas instrumentalistas do Processo. Pelo contrário, essa abordagem compreende o Processo como uma instituição de natureza política e jurídica, delineada no próprio texto constitucional. Além disso, essa perspectiva sugere uma visão mais abrangente do Processo, percebendo a Constituição como um imenso processo em que se articulam os princípios estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito.

Guerra Filho[1049] faz alusão aos ensinamentos de José Alfredo Oliveira Baracho e Zagrebelsky, afirma que a realização ou concretização dos mandamentos constitucionais decorrerá de sua aplicação, resultante de um processo que tende a ter a natureza de um processo constitucional. Ainda, há uma assimilação da ideia central que vincula a teoria dos direitos fundamentais como essencial à interpretação da Constituição. Assim, a interpretação do direito, tende a ser uma interpretação de índole constitucional.

Guerra Filho[1050] também destaca outros princípios de grande relevância, como o princípio da força normativa da Constituição, que visa à constante atualização da mesma, considerando a importância da mutação constitucional; o princípio da conformidade funcional, que observa a especialidade das normas; o princípio da interpretação conforme a Constituição, que busca harmonizar a interpretação para não entrar em conflito com a própria Constituição; e o princípio da concordância prática ou da harmonização, que determina os valores prevalentes no caso concreto analisado, evitando o sacrifício total de um direito em face de outro.

Por fim, o referido autor[1051] aponta para o princípio dos princípios, qual seja, o princípio da proporcionalidade, por meio do qual, se pretende solucionar o dilema da interpretação constitucional, quando se defrontam dois princípios de igual hierarquia quando elegendo-se o princípio dos princípios.

[1049] GUERRA FILHO, Willis Santiago**. Introdução ao Direito processual Constitucional**... p. 19.
[1050] GUERRA FILHO, Willis Santiago**. Introdução ao Direito processual Constitucional**... p. 40-42.
[1051] GUERRA FILHO, Willis Santiago**. Introdução ao Direito processual Constitucional**... p. 19.

Guerra Filho[1052] acrescenta que no princípio da proporcionalidade, se busca a aplicação de um princípio conservando o núcleo protetivo do outro princípio desfavorecido, assegurando-lhe o mínimo de consideração, este princípio não consta explicitamente no ordenamento constitucional brasileiro, mas decorre de uma exigência de um Estado Democrático de Direito e visa salvaguardar direitos fundamentais[1053].

Ao abordar a realidade constitucional portuguesa, Guerra Filho destaca que, de acordo com a Constituição Portuguesa de 1974,[1054] o artigo 18 estabelece que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias "nos casos expressamente previstos, e as restrições só devem existir para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

Ainda, Guerra Filho[1055] passa ao Direito constitucional alemão, mencionando a noção de proporcionalidade desenvolvida no sentido de que uma decisão é proporcional se o meio empregado pelo legislador for adequado e exigível, para que seja atingido o fim pretendido.

Neste contexto, o meio é considerado adequado quando, por meio dele, é alcançado o resultado desejado. Ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio igualmente eficaz, porém menos prejudicial ou com uma limitação menos perceptível a um direito fundamental.

A discussão sobre a aplicação cega da lei após a Segunda Guerra Mundial destacou a necessidade de vincular a proteção dos direitos fundamentais a todas as instâncias do Estado: legisladores, executores, julgadores e à sociedade como um todo. A tragédia do Holocausto evidenciou que a obediência cega às determinações legais desempenhou um papel significativo, exigindo critérios distintos para a aplicação da lei e do direito. Isso levou à construção de um sistema que prioriza os direitos essenciais, buscando evitar tragédias similares.

Para Oliveira Baracho,[1056] o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente se não for acompanhado de garantias que

---

[1052] GUERRA FILHO, Willis Santiago**. Introdução ao Direito processual Constitucional**... p. 19.

[1053] GUERRA FILHO, Willis Santiago**. Introdução ao Direito processual Constitucional**... p. 40-42.

[1054] PORTUGAL. Parlamento. **Constituição Portuguesa**: artigo 18 – força jurídico. Disponível em: https://bit.ly/3vOvwJW. Acesso em: 2 jun. 2023.

[1055] GUERRA FILHO, Willis Santiago**. Introdução ao Direito processual Constitucional**... p. 49.

[1056] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 53.

assegurem a efetividade do livre exercício desses direitos. Brêtas,[1057] por sua vez, destaca que a efetividade dos direitos fundamentais ocorre por meio das garantias constitucionais, que, conforme sua análise, formam um sistema de proteção aos direitos fundamentais, capaz de garantir-lhes plena efetividade.

Novelino[1058] destaca que simplesmente reconhecer e declarar os direitos inscritos na Constituição não é suficiente para conferir efetividade a esses direitos. Ele argumenta que são necessários mecanismos capazes de protegê-los contra potenciais violações. Nessa perspectiva, as garantias não são um fim em si mesmas, mas sim um meio para efetivar um direito substancial. As garantias funcionam como instrumentos para assegurar e proteger a efetividade dos direitos fundamentais.

Conforme observado, a atividade hermenêutica é uma técnica que envolve diversas situações e conceitos, demandando instrumentos cada vez mais complexos e sofisticados. Isso implica considerar o direito não como tiras para se adequar a situações específicas, subsumindo o fato à lei, mas sim avaliar todo o sistema. Analisar detalhes dogmáticos isoladamente e apegar-se a eles não é suficiente, uma vez que a finalidade interpretativa só é verdadeiramente alcançada quando se considera o conjunto sistêmico.

A compreensão dos limites do conhecimento atual é crucial, assim como a capacidade de identificar fenômenos complexos. Um exemplo evidente é a maneira como as demandas das coletividades são tratadas por meio dos instrumentos processuais e das práticas adotadas nos tribunais. A avaliação desses processos visa verificar se estão gerando soluções justas, adequadas e razoáveis.

Para tanto, é crucial analisar a dimensão da legitimidade no aspecto substancial do Processo, e essa análise só pode ser realizada por meio do entrelaçamento entre Processo e Constituição, direitos e garantias fundamentais, considerados essenciais para efetivar os direitos.

Quando se trata de pluralismo jurídico e processo substancial, e considerando a dupla dimensão jurídica e psicanalítica utilizada como instrumento de análise no âmbito processual, tornam-se evidentes elementos mais sofisticados para analisar os fenômenos indicados.

[1057] CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 72.

[1058] NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 274.

Neste contexto, o Processo Constitucional é abordado como um modelo constitucional de processo democrático, previsto e estruturado na Constituição sob uma perspectiva democrática. Cientificamente, é considerado um método normativo, no sentido específico do método cuja finalidade constitucional é garantir, realizar e potencializar os direitos fundamentais.

Neste sentido, para auxiliar a compreensão melhor deste ponto é útil tomar a expressão de “sujeito constitucional”, criada e desenvolvida por Michel Rosenfeld[1059], entrelaçando conceitos essenciais da Psicanálise com o Direito, para efeito deste estudo proposto. Explica-se, como o tema de todo o trabalho é uma abertura constitucional para a noção de sujeito constitucional, sendo justificável compreender a densidade desse conceito de sujeito e de sujeito constitucional.

Marcos Augusto Maliska e Parcelli Dionizio[1060] apresentam o caso do Tio Vilcabamba, o qual serve de pano de fundo para expressar essa relação de complexidade que acometeu o direito constitucional moderno e a própria teoria do Direito como um todo.

Tradicionalmente no âmbito jurídico, quando se utiliza o termo "sujeito", a impressão comumente associada é a de "sujeito de direito", aquele dotado de personalidade jurídica. Personalidade jurídica pode ser entendida como a aptidão genérica de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem legal. Tradicionalmente, essa definição refere-se à pessoa humana ou jurídica, sendo esta última uma abstração jurídica que facilita o fluxo das relações jurídicas, especialmente quando em grande quantidade.

Com o surgimento da consciência ambiental e a positivação de direitos, mesmo que não se considere animais e seres inanimados como sujeitos de direito, as tutelas de proteção legal ainda tinham a conotação de uma proteção antropocêntrica. Portanto, seu objetivo principal era proteger os direitos humanos, com a natureza sendo beneficiada por interesse reflexo.

Contudo, a partir da Constituição de 1988, devido aos impactos da chamada ecologia profunda,[1061] é que alguns vem considerando uma tutela autônoma para os

---

[1059] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**...

[1060] MALISKA, Marcos Augusto; PARCELLI, Dionizio Moreira. O caso Vilcabamba e *El Buen Vivir* na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico. **Sequência**, Florianópolis, n. 77, p. 150, nov. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3Of466m. Acesso em: 25 fev. 2021.

[1061] LOVATO, Patrícia Braga *et al*. Ecologia profunda: O despertar para uma educação ambiental

animais e, mais recentemente, a tutela até mesmo de rios, em uma evolução considerável das concepções jurídicas. Neste sentido, é a proteção legal do Rio Vilcabamba no Equador.[1062]

O exemplo mencionado envolve diversos aspectos, pois, da proteção processual do ser humano, chegou-se à proteção da natureza como essencial ao ser humano e, a partir dessa posição, à proteção da natureza por ela mesma, encerrando em si direitos próprios. Evidentemente, esse percurso é bastante tortuoso e complexo, exigindo uma reavaliação de várias estruturas e conceitos jurídicos para analisar situações como essas de forma adequada.

É neste contexto que se destaca a essencialidade das noções de Processo Constitucional para efetivar a defesa das demais "entidades de direitos", uma vez que é necessário considerar a flexibilidade na compreensão do "sujeito". Isso só é possível se a interpretação partir de outros paradigmas, como, no caso, do paradigma pluralista.

Na presente tese, busca-se visualizar essas relações a partir do instrumental teórico do “Pluralismo Jurídico”, suas concepções ideológicas, a importância da proteção dos direitos fundamentais a partir de uma visão sistêmica, plural, como condição de eficácia da Constituição pela via do Processo, como expressão concreta do acoplamento estrutural entre Direitos Fundamentais e Democracia.

Contudo, além de se conceber o sujeito nessa acepção de “sujeito de direitos” para fins de articulação com o pluralismo jurídico, no plano da processualidade no contexto de um Processo constitucional substantivo, o termo “sujeito” também será tomado num outro sentido, ao se referir à noção de identidade do Sujeito Constitucional, conceito central da Teoria de Michel Rosenfeld.[1063]

Na Constituição, há uma determinação de ordem ambiental concebida como algo pulsante e dotado de uma identidade própria, distinta das identidades nacionais, culturais ou religiosas que se desenvolvem ao longo do tempo. Segundo Michel Rosenfeld,[1064] que utiliza metáforas e metonímias, inclusive da literatura, para fundamentar sua tese, essa teoria será a base da primeira parte deste capítulo e

---

complexa. **REDES**, Santa Cruz do Sul, v. 16, n. 3, p. 122-137, 2011, p. 123.

[1062] MALISKA, Marcos Augusto; PARCELLI, Dionizio Moreira. **O caso Vilcabamba e *El Buen Vivir* na Constituição do Equador de 2008**...

[1063] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**...

[1064] ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**... p. 61-62.

servirá como um fio condutor das ideias, buscando coerência e unicidade aos marcos teóricos adotados.

Não há, no cenário jurídico, um tema que aborde o Processo Constitucional sob a perspectiva do pluralismo jurídico com os fundamentos, metodologia, estruturação e critérios de cientificidade adotados na presente pesquisa. Esta pesquisa se destaca por articular as diversas categorias empregadas na construção da tese com originalidade, apresentando alguns aspectos de forma inédita.

Evidencia-se uma revolução, na qual novos e desafiadores fenômenos se impõem à solução da ciência jurídica na modernidade, tanto na esfera do direito público quanto privado. Em uma instância interdisciplinar, a problemática dos "novos direitos"[1065] (direitos da criança e adolescente, mulheres, indígenas, negros, homossexuais, idoso, consumidor, direito ambiental, biodireito, a cibernética e as implicações da realidade virtual no âmbito penal, familiar, psicanalítico) está exigindo uma nova postura dos operadores do direito, uma vez que todos esses elementos impactam na construção de um conceito de "alteridade democrática".

Perseguindo o tema da alteridade em conexão com o conceito de "Democracia", sob a ótica do pluralismo e da interdisciplinaridade, e mantendo as particularidades históricas e políticas do sentir latino-americano, recorre-se a marcos teóricos clássicos no pensamento latino-americano, aludindo às origens do homem do "novo mundo", até hoje periférico, excluído e não raras vezes combalido. O homem americano sentiu-se desolado em seu "novo mundo" com "impensadas fronteiras físicas e míticas", em busca de uma terra prometida, como acentua Dussel:[1066]

> Somos estrangeiros e como que perdidos em nossa terra, terra geométrica, abstrata e vazia. Da sua insegurança no presente é que vem a expectativa de nosso homem; sua desolação, sua tristeza – cantada por todas nossas músicas, sua superficialidade, falta de cultura ou de história vivida com consciência.

É esse homem desolado, conforme menciona Dussel, que também era despojado de todos os seus direitos como pessoa humana. Estes direitos continuam a ser negados, requerendo uma nova confrontação. Se ainda não foram efetivados,

---

[1065] WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.) **Os novos direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

[1066] DUSSEL Enrique. **Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação**. São Paulo: Paulinas, 1996, p. 59-60.

é preciso que isso seja enfrentado, pensado, articulado e seja objeto de novas estratégias e concepções.

Wolkmer[1067] sustenta que "as mudanças no modo de vida, o surgimento de novos direitos e novos sujeitos sociais, ampliaram as prioridades materiais, facilitando o aparecimento de novas formas idealizadas". Constata ainda que[1068] "as práticas de juridicidade que rompe com padrões clássicos da dogmática jurídica, com os mitos de neutralidade científica de rigor técnico e da autonomia absoluta", ensejaram uma a "nova juridicidade", a qual "se manifesta, em espaço transgressor e pluralista dos novos direitos".[1069]

De igual forma, Maliska aborda o pluralismo em conexão com o constitucionalismo, além de explorar temas a partir das questões levantadas por Peter Häberle[1070] sobre a identidade da Constituição e seus elementos que lhe conferem consistência, tudo isso dentro do contexto do pluralismo.

Tais temas, mesmo não tratados explicitamente, como uma identificação com a obra de Rosenfeld sobre o sujeito constitucional, relacionam-se em profundidade e mantêm conexões. Uma abordagem teórica abrange pontos não tratados em outra, ou ainda, são tratados, mesmo que de forma indireta, pela identificação de estudos entre Maliska e Häberle.[1071]

Além disso, ao tratar sobre a identidade do sujeito constitucional latino-americano, há o envolvimento de diversos autores, como Gargarella, Ana Cláudia Santano, entre outros, que destacam as especificidades da temática no âmbito da América Latina e as novidades de um constitucionalismo. Apesar de ser tratado por autores com visão abrangente, ainda há espaço para contribuições, o que se busca por meio da presente pesquisa.

Gravitando em torno de todas essas questões, está o Processo Constitucional e seus principais teóricos, sejam estrangeiros como Fazzalari na Itália, Fix Zamúdio no México, Ítalo Andolina na Itália, entre outros, sejam nacionais

---

[1067] WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.) **Os novos direitos no Brasil**... p. 23.

[1068] WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.) **Os novos direitos no Brasil**... p. 23.

[1069] WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.) **Os novos direitos no Brasil**... p. 23.

[1070] HÄBERLE, Peter. **Constituição e cultura**: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

[1071] HÄBERLE, Peter. **Constituição e cultura**... p.13.

como José Alfredo de Oliveira Baracho, Rosemiro Pereira Leal e William Pugliesi, entre tantos outros.

O tema da processualidade e do pluralismo está intrinsicamente relacionado, sendo impossível deixar de abordar a questão do ativismo judicial como transbordamento sistêmico e operacional da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional. É necessário deixar claro que, sob o enfoque da presente tese, o pluralismo jurídico em nenhuma circunstância pode ser associado ao ativismo judicial, daí o pressuposto epistemológico da inviabilidade de secessão entre Pluralismo e Processo.

Como visto anteriormente, a Suprema Corte da Alemanha se auto identificou como o "superego da sociedade", nas palavras de Maus, por meio da recepção de uma jurisprudência de valores. Diante da ineficiência de mecanismos constitucionais, como operados na atualidade, surgem espaços para o crescimento do ativismo judicial, o que leva a repensar a eficiência da Constituição e sua força normativa para lidar com esses desafios.

Por certo, todo esse esforço hermenêutico, de nada adianta se não houver um perfilhamento a certos aspectos bem lembrados por Pugliese[1072] ao tratar sobre a "a *ratio* da jurisprudência" e seus elementos constitutivos, "coerência, integridade, estabilidade e uniformidade".

Pugliese[1073] aponta para o pensamento de diversas linhas de juristas, integrando os elementos constitutivos de sua tese de adequação e integralidade. A jurisprudência serve como parâmetros que conduzem a uma visão pluralista dos direitos fundamentais, imbricados na essência do conceito de democracia.

Pugliese aborda diversos elementos constitutivos de sua tese, destacando a coerência, com aporte teórico de Neil MacCormick, noções de otimização de coerência, a partir do pensamento de Amália Amaia e de integridade, a partir do pensamento de Ronald Dworkin,[1074] destacando que a jurisprudência não pode oferecer resultados diferentes para situações iguais, pois, para se tratar da estabilidade, recorre-se a diversas obras que justificam o sistema de precedentes da *Common Law.*

[1072] PUGLIESE, William Soares. **A *ratio* da jurisprudência**: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 310 f. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016. Disponível em: https://bit.ly/47MMSnY. Acesso em: 15 jun. 2023.

[1073] PUGLIESE, William Soares. **A *ratio* da jurisprudência**...

[1074] PUGLIESE, William Soares. **A *ratio* da jurisprudência**...

Pugliesi[1075] destaca os elementos necessários para consolidar e fundamentar bem uma decisão, como a) previsibilidade, b) certeza e c) segurança. A uniformidade é investigada à luz da doutrina do direito internacional, que enfrenta o problema de obtenção de resultados semelhantes em jurisdições distintas.

Pugliese[1076], a partir das contingências conceituais supra referidas, não descarta a possibilidade de que diante da racionalidade de um sistema de decisões, sem salvaguardas efetivas que possam balizá-las, possa surgir um viés de discricionariedade, o qual pode conduzir a arbitrariedade afetando a essência dos valores democráticos.

A partir desta problematização Pugliesi apresenta a sua tese, com supedâneo teórico em Ronald Dworkin, segundo a qual sem que as decisões tenham uma racionalidade orientada por uma principiologia que pressuponha alguns elementos tais como a estabilidade, a integridade e a coerência no processo decisório, o sistema não autorreferenciar, ao menos sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

A escalada da arbitrariedade vai em sentido crescente, porque ante a incapacidade do sistema em responder a necessidade de uma decisão que seja ao mesmo tempo estável, íntegra e coerente, surgem outros horizontes, como a temática do livre convencimento e deste, se passa a escala seguinte que é a independência do julgador e desta, se chega ao franco do ativismo judicial e este a arbitrariedade com o total desacoplamento estrutural do Direito e da Política.

É justamente neste exato contexto que surgem os discursos trôpegos de judicializar a política ou de politizar o direito e quando se chega neste ponto, não se está mais falando mais de Estado Democrático de Direito. Também não se desconhece o argumento de que a priori, não se deveria repelir o ativismo judicial em si, como algo prejudicial para a Democracia, sempre e no tempo todo.

Não se pode negar que há certos momentos constitucionais em que somente uma postura mais drástica pôde reequilibrar as forças motrizes do sujeito constitucional, como condição para poder efetivamente assegurar avanços democráticos, como está registrado muito bem na história da luta pelos direitos civis

---

[1075] PUGLIESE, William Soares. **A *ratio* da jurisprudência**...

[1076] PUGLIESE, William Soares. Organizadores: Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho. Daniel Octávio Silva Marinho. **Interpretação e Processo Constitucional: Estudos sobre a efetivação contemporânea de Direitos Fundamentais**. Londrina: Thoth, 2022, p. 553-554.

na América do Norte, estampado nas mais distintas decisões da Corte Warren[1077], entre os anos de 1953 e 1969.

Diante de poderes inertes a décadas diante do problema da chaga social que é a segregação racial, a Suprema Corte norte-americana agiu e não foi pouco e por isso a Nação mudou e isso é ativismo judicial. Como então se justificar uma postura crítica e totalmente fechada a possibilidades históricas de que em certos momentos é admissível uma situação constitucional destas no contexto da plenitude do Estado Democrático de Direito?

Em verdade são muitas as questões a serem consideradas e não é possível se abrir a todas elas, mas é preciso assentar que há momentos em que é admissível certa modalidade de ativismo diante da delicada especificidade de cada situação e de cada crise do sujeito constitucional.

Observe-se também que não se pode simplesmente proceder à moda de transplantes sistêmicos e puxar para a realidade brasileira e latino-americana, uma situação que no sistema norte americano é fruto de uma forma toda especial que envolve um amadurecimento secular de um método interpretativo, com o qual o Brasil não tem a mínima semelhança, poderia ter, mas não tem.

É neste intervalo do que é e do que poderia ser, que a doutrina constitucionalista e processualista brasileira se debate no exato momento atual em busca de uma conciliação de modelos. A alteração do Código de Proceso Civil, a criação de um Código de Processo Constitucional, a ressemantização dos termos “livre convencimento” e “independência” são a evidência de que a doutrina está tentando construir um novo paradigma decisório.

A elaboração de um Código de Processo Constitucional pode servir como uma estratégia de cunho hermenêutico para superar uma instrumentalidade do Processo que tem conduzido a um protagonismo judicial descabido, ou ainda em outros termos, pode conter o avanço de um ativismo judicial desarrazoado de tal modo que seria preferível confiar no aperfeiçoamento das instituições ao invés do critério do julgador a perseguir os escopos metajurídicos de cunho constitucional em uma manobra de instrumentalização processual, como tem ocorrido.

1077 A Corte do Juiz Warren se notabilizou por suas decisões no campo dos Direitos Civis, identificada como “ativismo judicial”. MATTJE, Willian. **Corte Warren:** Símbolo do Ativismo Judicial nos Estados Unidos. Jusbrasil. 01 fev. 2018. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/corte-warren-simbolo-do-ativismo-judicial-nos-estados-unidos/551777701. Acesso em 29 han. 2024. É Costume no Direito Constitucional norte-americano denominar os períodos de governança na Suprema Corte pelo nome dos Juízes que a Presidiram.

A “instrumentalidade” ou “instrumentalização” do Processo, não é negar de forma ingênua que o Processo é um instrumento pragmaticamente falando, efetivamente é algo dotado de materialidade que tem alguma utilidade no mundo jurídico, logo social, mas não é sobre esta obviedade que se está a analisar, é algo muito mais abrangente, aprofundado e com consequências diversas.

As críticas encetadas às concepções instrumentais do Processo por certo não se voltam contra uma abstração com base em uma negativa irracional de que há um certo caráter instrumental no Processo e que por isso mesmo não se teria como negar sua “natureza instrumental”.

Esta é uma concepção sem sentido científico algum. Se ao leigo é dado afirmar que para se obter um direito é preciso “entrar com um Processo” , “entrar com uma ação” e daí seu caráter instrumental, ao jurista não é admissível que esta visão seja a explicação todo e toda a explicação sobre as intrincadas relações entre Processo, procedimentalidade, Processo Constitucional, Processo-garantia e tantos outros temas que gravitam em torno do tema principal que é Processo e Constituição.

Se antes o embate era em torno de duas concepções sobre o Processo, se instrumento ou Instituição constitucionalizada, contemporaneamente, a questão passa a ter elementos adicionais e até mesmo outros contornos, quando os temas se expandem para o campo teórico e prático do Processo Constitucional, quando as críticas à essência da doutrina instrumentalista, são retomadas em novas dimensões.

A doutrina da instrumentalidade concebe o Processo (e agora Processo “Constitucional”) Constitucional, também como uma ferramenta técnico jurídica à disposição do jurisdicionado, visando “escopos metajurídicos” como o social, o político e o jurídico[1078], mas agora, no plano da constitucionalidade, escopos estes que tem justificado as políticas públicas judiciárias, que visam pacificação, conciliação, educação cidadã, soluções canalizadas pela via da jurisdição.

O caso “Lava à Jato” e a construção pública da figura do ex Juiz Sergio Fernando Moro, encarnando o “Paladino da Justiça”, estampou com todas as cores e em todos os matizes ,o lado mais obscuro da instrumentalidade processual no plano jurídico constitucional.

[1078] DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 33. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.

Conforme observado pela Desembargadora Simone Schreiber[1079], na época dos fatos, houve uma onda de argumentos sustentando que se tratava de uma situação excepcional de corrupção endêmica "a exigir soluções criativas igualmente excepcionais, muitas vezes atropelando o Devido Processo Legal".

O "caso Lula" se transformado no "caso Moro" ligado à operação Lava à Jato é um tema a ser tratado totalmente à parte e com todas as ponderações, observações e múltiplos enfoques apropriados, mas pelo teor emblemático em que se constituiu é o exemplo vivo, da figura do que se pode fazer com o Processo, a Jurisdição e as Instituições de Justiça.

A evolução ativista de uma Corte para preservar direitos humanos tão sensíveis como no caso da Corte Warren nos Estados Unidos buscando justiça social para os negros e as violações a garantias processuais no caso do Juiz Moro, teriam a mesma raiz, fundamento e justificativa, o que "ativismo judicial", ou haveria algo diferenciado e que justificasse um tipo de ativismo e não o outro considerados em sua dimensão ontológica?

O caso Moro[1080], invoca a raiz histórica do problema, ou seja, a identificação social do "bom juiz e da boa justiça", tal qual já ocorreu na história do judiciário, com o chamado "*Le phénoméne Magnaud*", o fenômeno de Magnaud foi o termo utilizado por François Gény[1081] em seu "Método de Interpretação do Direito Privado Positivo", para descrever o perfil do Juiz Magnaud que atuou no Tribunal de Château-Thierry, Na França, entre os anos de 1889 e 1904.

O juiz *Mangaud* se notabilizou como o "bom juiz", pois a ele não importava nem lei, nem doutrina e nem jurisprudência, valiam "os seus princípios" e o "seu senso de justiça", magnânimo com os miseráveis e severo para com os privilegiados, conforme assinala Perelman[1082].

[1079] RODAS, Sérgio. **Falta de imparcialidade e violação de direitos minaram "lava jato"**, diz Desembargadora. Consultor Jurídico. 23. Nov. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-nov-23/lava-jato-foi-minada-por-violacao-de-direitos-e-falta-de-imparcialidade-diz-desembargadora/ Acessso em: 30 jan. 2024.

[1080] RODAS, Sérgio. **Falta de imparcialidade e violação de direitos minaram "lava jato"**, diz Desembargadora. Consultor Jurídico. 23. Nov. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-nov-23/lava-jato-foi-minada-por-violacao-de-direitos-e-falta-de-imparcialidade-diz-desembargadora/ Acessso em: 30 jan. 2024.

[1081] GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes em Derecho Privado Positivo**. Madrid: Editorial Réus, 1925.

[1082] PERELMAN, CHARLES. **Logique Juridique**. **Nouvelle Rhétorique**, Paris ? Dalloz, 1979, p. 71-72.

Luiz Lênio Streck[1083] traduz esta questão muito bem ao utilizar o termo "pamprincipiologismo". O juiz como portador de poderes ultra legais é uma tentação constante nas sociedades, a confiança para com a Lei é a todo tempo açodada e em especial em momento mais críticos da história política em um dado contexto social.

Aroldo Plínio Gonçalves[1084] observa que foi a crise de confiança no Direito produzida por uma sociedade organizada politicamente que suscitou uma crítica ente os pensadores alemães, juristas e sociólogos, surgindo assim a chamada Escola do Direito Livre inspirada por Ernst H. Kantorowicz[1085], um autor judeu que sofreu com a ascensão do nazismo[1086].

Eugene Ehrlich[1087], jurista e sociólogo desenvolveu o conceito de "direito vivo" contribuiu com as renovações nas correntes jurídicas tradicionais e Philipp Heck[1088], jurista alemão de ascendência russa, criador e principal nome da corrente de filosofia do direito chamada de "jurisprudência dos interesses", visando romper com o formalismo lógico dedutivo do sistema romano, que funcionava a base da subsunção fato norma, que apesar de inconsistências científicas foi essencial para a renovação da doutrina jurídica rompendo com o formalismo, conforme informam Artur Kaufmann[1089] e Karl Larenz[1090].

A mesma cepa que inspirou críticas bem fundamentadas e sedentas de justiça, introduziu a partir de 1933 a renovação completa das ideias do direito e da missão do juiz, repelindo o logicismo das construções herdadas do direito romano, preferindo se fiar em um senso inato do juiz a entender ser a lei um aspecto do

---

[1083] STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

[1084] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 12.

[1085] KANTOROWICZ, Ernst H. **Os Dois corpos do Rei**: Um estudo sobre teologia política medieval. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

[1086] que nos últimos 20 anos de sua vida debruçou-se sobre sua obra capital, "Os dois corpos do rei", um tratado de teologia medieval, sobre a dupla dimensão da autoridade real, uma proveniente da natureza e a outra da graça divina, justamente ele que precisou exilar-se nos Estados Unidos, quando do advento da Guerra a partir de 1939, pois era judeu.

[1087] EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito.** Trad. René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UNB, 1986.

[1088] HECK, Philipp. **Das Problem der Rechtsgewinnung**. Tübingen: Mohr, 1912. p. 30-31.

[1089] KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, A. HASSEMER, W. (org.) I**ntrodução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 57-208.

[1090] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 9-24.

Direito, mas não todo o direito nem sua parcela mais importante, pois se defendia a supremacia de um direito não escrito.

Ao final em maio de 1939 em um Congresso jurídico germano-italiano em Viena , cobrindo todos os aspectos da vida institucional sob a influência germânica foi também discutido o que de mais importante naquele momento deveria ser discutido no plano institucional, ou seja, a questão do Direito e dos juízes e neste sentido, adotou-se amplamente a tese da submissão do juiz a lei, contudo, se por razões superiores, o juiz vier a se inspirar no espírito da nova filosofia e não mais no princípios individualistas do século anterior, isso lhe seria lícito e necessário.

E qual seria esta "nova filosofia" segundo Claude Du Pasquier[1091]? Nada mais, nada menos do que o nacional socialismo, a mesma que seria utilizada amplamente pelo regime nazista para submeter os Tribunais, as leis, os juristas e todo o sistema de leis da Alemanha a uma infinita e abstrata abertura normativa para ali colocar o que conviesse ao poder político.

Os teóricos muitas vezes não têm a percepção da totalidade das idéias que põem em circulação e muito menos a responsabilidade que tem sobre elas como assinalado ao longo da obra de Michel Virraly[1092].

Lenio Luiz Streck[1093] destaca ser característico desta tendência a exaltação da figura do juiz solitário como em Bülow, a encarnar a "vontade da lei", como aparece nos escritos de Giuseppe Chiovenda[1094], ou a identificação da jurisdição reduzida à função de "provar ou fazer o que se fizer necessário", ou o senso de justiça de Eduardo Couture[1095] para quem "o problema da escolha do juiz é o problema da justiça" ou ainda, como entende Enrico Tullio Liebman[1096], ao juiz não se deve contrapor os "vínculos enquanto intérprete qualificado da lei".

[1091] DU PASQUIER, Claude. **Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit**. 4 ed. Neuchâtel: Delachaux et Niestlé, 1967, p. 196.

[1092] VIRRALY, Michel. La Pensée Juridique, Paris: **Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence**, 1960.

[1093] STRECK, Lenio Luiz. Código de Processo Constitucional: Superaremos finalmente o instrumentalismo? **Revista Gralha Azul, ed. 11, abril/maio, 2022.** Disponível em: https://ejud.tjpr.jus.br/documents/13716935/65829707/9.4+C%C3%93DIGO+DE+PROCESSO+CONSTITUCIONAL.+Lenio+Luiz+Streck.pdf/f4f596ca-b3ab-934c-53ba-725ad39d818d. Acesso em: 29 jan. 2024.

[1094] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000. p. 64.

[1095] COUTURE, Eduardo Juan. **Introducción al estudio del proceso civil**. Imprenta: Buenos Aires, Depalma, 1988. p. 58.

[1096] LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manuale di diritto processuale.** v. 1. 3. ed. Milano: Giuffré Editore, 1992. p. 4.

Também neste sentido é revelador o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque[1097], para quem o julgador é capacitado para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo as especificidades da situação que não é sempre a mesma, devendo o juiz ser investido de “amplos poderes de direção”.

Portanto, o Código de Processo Constitucional uma vez em vigor, vem ocupar um grande espaço como também a noção de Processo Constitucional Substantivo, em busca da construção de um sistema que assegure integridade, segurança jurídica, mas também assegure a necessária criatividade do ato interpretativo e este é o próximo capítulo da história do Constitucionalismo brasileiro, o qual sem a eficiência do Processo e a força normativa da Constituição entrelaçadas em um denso acoplamento estrutural, não poderá nem sair e nem chegar a lugar algum.

Contudo às vésperas de um Código de Processo Constitucional e com todas as discussões em torno de ativismo judicial, há ainda discussões em torno da natureza do próprio Processo Constitucional enquanto disciplina autônoma, cientificamente delineada, sendo que parte da doutrina questiona esta possibilidade identificando na essência da discussão do Direito Processual Constitucional tão somente uma roupagem semântica e instrumentalizada dos interesses de ordem constitucional uma vez que não haveria nada sistematizado que justifique o trato autônomo do tema.

Luiz Guilherme Marinoni[1098] ao discorrer sobre a temática “Processo Constitucional e Democracia”, por ocasião da publicação de sua obra sob o mesmo título[1099], suscita dúvidas a respeito da existência de um Processo Constitucional, devidamente delimitado, sedimentado, estruturalmente organizado e cientificamente definido, elencando os elementos de natureza epistemológica, que conduziriam a conclusão de que inexiste tal teoria pelo fato de que o Processo Constitucional nunca teria sido analisado por esta perspectiva científica.

A reflexão de Marinoni, se reveste de grande importância, na medida em que

---

[1097] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 133.

[1098] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. In: Conferência promovida pelo Núcleo de Estudos Paideia/UFPR e Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS)/ UFPR. (03:40 a 11:53). 5 de set. de 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-1C7vvy25hs. Acesso em: 22 jan. 2024.

[1099] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. 5 de set. de 2023. 3 ed. São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 2023.

essencialmente de forma pontual e precisa, confronta toda a pretensão epistemológica da doutrinária sobre Processo Constitucional, bem como um passado de realizações, edificado ao longo das últimas décadas, tanto no que diz respeito à doutrina pátria quanto internacional, o que dá ensejo a uma cuidadosa investigação, no sentido de confirmar ou não as alegadas inconsistências teóricas.

A partir de tais postulados, baseado nas idéias nucleares da argumentação de Marinoni sistematizada em uma sequência de argumentos, serão analisadas suas principais assertivas:

a) Qual a noção que os processualistas têm sobre o Processo Constitucional;

b) O conceito de Processo Constitucional e se há, qual seria;

c) A insuficiência de elementos na doutrina processualista para se definir uma teoria geral do Processo Constitucinal;

d) A inexistência dos fins do Processo Constitucional;

e) A inexistência da própria Teoria do Processo Constitucional;

f) Assim como uma Teoria das Tutelas de Direitos tem seus fins na tutela dos direitos materiais, o estudo do Processo Constitucional deve ser condicionado ao tipo de tutela ao qual serve;

g) Se a Tutela de Direitos do Processo Civil não é executada tendo em vista os seus fins, não mais se estaria falando de Processo, mas sim de procedimento;

h) Se o Processo não está disposto para a finalidade de proteção de uma tutela de direitos dogmaticamente estabelecida, de igual forma não se chega às tutelas prometidas pelo Direito tanto Constitucional como substancial e infraconstitucional;

i) Sem posicionar o Processo Civil em direção aos fins almejados, não é possível uma fiscalização quanto a eventuais equívocos por parte do legislador,

j) A condição de efetivação e tutela dos direitos fundamentais, só podem se dar pela via do Processo Constitucional, se este, de antemão identificar qual tipo de direito necessita de qual tipo de tutela;

k) Sem posicionar o Processo Constitucional, em direção aos fins almejados, não é possível uma fiscalização quanto a eventuais equívocos por parte do legislador;

l) A condição de efetivação e tutela dos direitos fundamentais, só pode se dar pela via do Processo Constitucional, se este, de antemão identificar qual tipo de

direito necessita de qual tipo de tutela;

m) O objeto da tutela oriunda do Processo Constitucional, deve ser condicionado à sua finalidade protetiva, o que se estabelece a partir da identificação da categoria do direito fundamental a reclamar a respectiva proteção constitucional processual;

n) A proteção sistêmica dos direitos fundamentais via Processo Constitucional só se dá identificando “os fins” a que a tutela constitucional processual deve servir;

o) As categorias jurídicas dos princípios e ações processuais são meros “nomes” ou “técnicas” antigas que visam proteger direitos catalogados na Constituição, contudo isso não é Teoria do Processo Constitucional;

p) Uma Teoria do Processo Constitucional, pressupõe a identificação de “seus fins” e a finalidade do Processo Constitucional é “atender tutelas necessárias para da atuação à Constituição” e atender às tutelas prometidas na Constituição;

q) A proteção de direitos fundamentais pela via do Processo Constitucional é condicionada a identificação da natureza da Constituição;

r) Da junção da Teoria do Processo Constitucional com a Teoria Democrática, resulta a necessidade de proteção de direitos fundamentais ante o caráter de indeterminação das normas constitucionais.

Enumerados os principais pontos tratados, a seguir serão analisados à luz da concepção de Processo Constitucional exposta na presente tese.

a) Qual a noção que os processualistas têm sobre o Processo Constitucional e b) Haveria um conceito de Processo Constitucional e se sim, qual seria. Comentário de Marinoni[1100]:

> Aquilo que se chama de “ações constitucionais ou de direitos fundamentais processuais” é estudado pelos processualistas. Os processualistas na verdade, procuram quase sempre explicar o Processo Civil a partir da Constituição. Ou seja, em regra, os processualistas civis estão preocupados em esclarecer ou desenvolver as garantias de justiça contidas no Código de Processo Civil, iluminadas pelos direitos processuais fundamentais processuais. (3:40) a (4:22)

b) A insuficiência de elementos na doutrina processualista para se definir uma teoria geral do Processo Constitucional; c) A inexistência dos fins do Processo

[1100] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. In: Conferência promovida pelo Núcleo de Estudos Paideia/UFPR e Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS)/ UFPR. (Transcrição de vídeo - 03:40 a 11:53). 5 de set. de 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-1C7vvy25hs. Acesso em: 22 jan. 2024.

Constitucional; d) A inexistência da própria Teoria do Processo Constitucional.

Comentário de Marinoni[1101]:

> E ao lado disso, muitas vezes, procuram traçar algumas linhas, sobre os procedimentos voltados a atender o controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional, mas, certamente isso não permite que a partir daí, se possa pensar em uma teoria processo constitucional, que possa explicar na realidade, quais devem ser os fins buscados pelo Processo Constitucional. **Eu acho que isso não existe na realidade**, também porque, **o Processo Constitucional, nunca foi pensado** na Perspectiva do seu **objetivo, do seu fim.** (grifo nosso) (4: 28) a (5:16)

Marinoni procura traduzir o sentir comum de uma determinada classe de estudiosos do direito, observando que aquilo que se chama de "ações constitucionais ou de direitos fundamentais processuais" é estudado pelos processualistas, em regra sob o viés de uma abordagem explicativa do Processo Civil a partir da Constituição.

Tais estudiosos se limitam a desenvolver alguns aspectos sobre os procedimentos voltados a atender o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional, o que certamente isso não permitiria a partir daí, se possa pensar em uma teoria processo constitucional, que possa explicar na realidade, quais devem ser os fins buscados pelo Processo Constitucional.

Contudo, se tal insipiência na seara processual seria insuficiente a se chegar a uma ciência processual, o fato de proceder a uma análise do tema se prendendo aos processualistas, os quais não teriam desenvolvido o tema a contento, não é menos equivocado do que tentar explicar um fenômeno mais amplo tomando apenas algumas mostras frágeis para se chegar a conclusões generalizantes.

Marinoni ao se referir ao "Processo Constitucional, afirma que "eu acho" que "isso não existe" na "realidade", também porque, o "Processo Constitucional", "nunca foi pensado" na Perspectiva do seu "objetivo", do "seu fim".

As assertivas em questão são das mais enigmáticas possíveis, primeiro, porque no plano da cientificidade o "eu acho" expressa uma inadequação, mesmo que se esteja em um contexto de coloquialidade[1102] ou se discuta um termo sob a perspectiva didático-pedagógica, mas, isso seria ainda mais temerário, pois não teria lastro científico algum e induziria os neófitos por sendas e metodologias

[1101] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**...

[1102] Como observado anteriormente, as afirmações do Professor Marinoni se deram no contexto de uma Palestra para acadêmicos do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

absolutamente equivocadas.

Em segundo lugar a afirmação de que o Processo Constitucional na "realidade" "não existe", é algo incompreensível, diante das vastas evidências acadêmicas neste campo de estudo, registradas nas mais diversas tradições jurídicas pela literatura, cabendo ao pesquisador, no mínimo uma revisão literária ao menos que rasa, sobre o seu objeto de estudo, antes de se arvoram em hipóteses não demonstradas.

Em terceiro lugar, não menos desorientadora dos que as considerações anteriores, é a afirmação de que o "Processo Constitucional", "nunca foi pensado" na Perspectiva do seu "objetivo", do "seu fim". Uma detida análise na obra recente de Marinoni, sob o título "Processo Constitucional e Democracia", revela ausências marcantes, dentre seus referenciais teóricos que não deixam de ser relevadores, mais pelo que não dizem, ausências que talvez auxiliem na compreensão de suas idéias neste sentido.

Apesar de José Alfredo de Oliveria Baracho haver introduzido o tema do Processo Constitucional no Brasil e haver com isso inaugurado uma rica corrente doutrinária sempre crescente, nenhum de seus trabalhos consta dentre as obras consultadas por Marinoni[1103] e nenhuma das obras clássicas sobre as origens e o desenvolvimento do Processo Constitucional ou para usar outra terminologia, a jurisdição constitucional e quando o faz não é no ponto específico da matéria, como é o caso de Alessandro Pizzorusso[1104].

Rogelio A. Aviña Martínez[1105] menciona o esforço de Eduardo Ferrer Mac-Gregor[1106] na sistematização da ciência processual que envolve o Processo

---

[1103] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. 5 de set. de 2023. 3 ed. São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 2023, 1315-1370.

[1104] PIZZORUSSO, Alessandro. **Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos**. In: ROMBOLI, Roberto; DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (org.). Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p.138- 159.

[1105] AVIÑA MARTÍNEZ, Rogelio A.; VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coord.). **Derecho procesal constitucional, control preventivo y jurisdicción**. In: Derecho procesal constitucional. Tomo II. Volumen I. Bogotá, Colombia: VC Editores Ltda., março de 2011. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Libro_DERECHO_PROCESAL_CONSTITUCIONAL._Tomo_II._Volumen_I.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024. p. 544.

[1106] Consta na nota de rodapé n º 20: "*Eduardo Ferrer Mac-Gregor realiza un interesante estudio sistemático del origen científico de la disciplina conocida como derecho procesal constitucional, destacando cuatro etapas entre los años de 1928 y 1956 en las resalta las contribuciones que grandes juristas han realizado para la conformación de esta ciencia. Así se refiere a la última de las etapas que bautiza como la Definición conceptual y sistemática (1955-1956), que distingue como el último eslabón de la configuración científica del derecho procesal constitucional y en el que atribuye a Héctor Fix-Zamudio mediante su trabajo relativo a La garantía jurisdiccional de la*

Constitucional. Mac-Gregor consta das referenciais bibliográficas na obra de Marinoni[1107], o que torna ainda mais difícil a afirmação peremptória de que a ciência processual constitucional processual "nunca teria sido pensado quanto aos seus fins, portanto na perspectiva da cientificidade".

No restante, nada mencionou sobre os estudos de Héctor Fix-Zamúdio[1108], Ítalo Andolina e Giuseppe Vergara[1109], Niceto Alcalá-Zamora Y Torres[1110], todos autores analisados exaustivamente nos trabalhos de Oliveria Baracho, todos autores que constituem o núcleo fundante da matéria e de onde irradiaram os demais estudos nas mais distintas direções.

Jose Alfredo de Oliveria Baracho[1111] observa que a doutrina constitucional[1112], principalmente italiana, quando da discussão sobre a

---

constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo, `[…] el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno y perfil científico.´ Asimismo hace referencia a tres etapas previas: 1.- La Precursora (1928-1942) donde afirma se da la cimentación teórica de la disciplina a cargo de Hans Kelsen; 2.- Descubrimiento procesal (1944-1947) en la que debido a los estudios realizados por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, se reconoce la existencia de una nueva disciplina procesal; y 3.- Desarrollo dogmático procesal (1946-1955) que analiza desde la óptica del procesalismo científico hacia el constitucionalismo, destacando contribuciones importantes de J. Couture, Calamandrei y Cappelletti., en Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956), Madrid, Marcial Pons, 2008".

[1107] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. 5 de set. de 2023. 3 ed. São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 2023, p. 1342.

[1108] FIX-ZAMUDIO, Héctor. El derecho procesal constitucional como un sector de la defensa de la Constitución. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordenador). "Estudios de Derecho Procesal Constitucional". Tomo II. Bogotá: VC Editores Ltda., 2010. En Prensa. Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), Derecho procesal constitucional, 4ª. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, p. 273.

[1109] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costizionale del processo civile italiano. seconda adizione ampliata eg agiornata**. Torino: Giappichele Editore, 1979. ANDOLINA, Italo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. In: Revista de Processo. v. 87. p. 63-69. São Paulo, jul/set. 1997.

[1110] *ALCALÁ-ZAMORA Y* CASTILLO, *Niceto*. **Proceso, Autocomposición *y*. Autodefensa**. Cidade do México: UNAM, 1947; 2ª ed., 1970.

[1111] BARACHO, José Alfredo de Oliveria. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 346-347.

[1112] GIANNOZZI, Giancarlo. Reflessioni Intorno All'oggetto del Processo Costituzionale. **Jus, Rivista di Scienze Giuridiche**, fasc. III, IV. jul./dez., 1963, p. 393. VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie Costituzionali del Processo Civile. Due Process of Law e Art. 24 Cost.** Milão: Giuffre, 1973. CIUSAFULLI, Vezio. Le Funzioni della Corte Costituzionale nella Dinamica del Sistema: Esperienze e Prospettive. **Rivista di Dirttto Pro- cessuale**. n 2, abr./jun., Pádova: Cedan, 1966, p. 206. **LIEBMAN,** Enrico Tullio. Legge e Interpretazione nel Giudizio di Legittilnità Costituzonale. **Rivista di Diritto Processuale**. n 4, out./dez., Padova: CEDAM, 1966, p. 573. BONIFACIO, Franco. Corte Costituzionale e Autorità Giudiziaria", **Rivista di Diritto Processuale.** n 2, abr./jun., Padova: CEDAM, 1967, p. 244. SANDULLI, Aldo M. L'Indipendenza della Corte Costituzionale. **Rivista di Diritto**, n1, jan./mar., Padova: CEDAM, 1966, p. 37 e ss.

natureza do Processo Constitucional, se contenciosa ou voluntária, indicou vastas fontes bibliográficas, indicando autores que certamente, podem ser considerados como clássicos na temática do Processo Constitucional.

Soraya Lunardi[1113] menciona a grande quantidade de obras na seara do Processo Constitucional no Brasil[1114] e no exterior[1115] ao analisar a legitimidade

---

PALLIERI, Giorgio Balladore. Effetti e Natura delle Sentenze della Corte Costituzionale. **Rivista di Diritto Processuale.** n 2, abr./jun., Padova: CEDAM,1965, p. 165. MORALES, Angel Garrorena. La Sentencia Constitucional. **Revista de Derecho Político**, n 11, out. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1981, p. 7. MONTESANO, Luigi. Le Sentenze Costituzionali e L'individuazione delle Norme. **Rivista di Diritto Processuale.** n 1. Padova: CEDAM, 1963, p. 20 e ss. LIEBMAN, Enrico Tullio. La Garanzia del Giudice Naturale nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado,** n 24, set./dez., 1975, p. 655 e ss. LIEBMAN, Enrico Tullio. Contenuto ed efficacia delle Decisioni della Corte Costituzionale. **Rivista di Diritto Processuale.** n 4, out./dez., Padova: CEDAM,1975, p. 507 e ss. ASCARELLI, Tullio. Giurisprudenza Costituzionale e Teoria dell' Interpretazione. **Rivista di Diritto Processuale.** n 3, n.0 3, jul./set., Padova: CEDAM, 1957, p. 352. BOGNETI'I, Giovanni. La Corte Costituzionale Italiana e La sua Partecipazione alla: funzione di indirizzo politico dello Stato nel presen- te momento storico. **JUS, Rivistà di Scienze Giuriãiche**, v I e II, jan./jun., 1967, p. 112; CAPPELLETTI, Mauro. **Il controllo di Costituzionalità delle Legge nel Quadro delle funzioni dello stato**. V III. Milao: Studio Zanobini, 1965, p.376 e ss. ZANGARA, Vincenzo. **Le prerogatívé Costituzionalí.** Padova: CEDAM, 1972, p. 46 e ss. FIX-ZAMUDIO, Héctor. El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado.** Nova série, ano X, n 30, set./dez., México: UNAM, 1977.

[1113] LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional:** análise de sua autonomia, natureza e elementos. Soraya Lunardi. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4-5.

[1114] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984. BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais.** São Paulo: Saraiva, 2004. FERRARI, Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.LUNARDI, Soraya. Mitos e ideologias constitucionais. Reflexões sobre a "neutralidade" do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Direito Constitucional,** v. 6, p. 585-601, 2006. LUNARDI, Soraya. Ampla defesa. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18-19. LUNARDI, Soraya. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n. 9, p. 209-226, 2009. LUNARDI, Soraya. **Aspectos práticos do controle constitucional.** Carta Forense, 4-7-2011. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da constitucionalidade das leis.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. RAMOS, Olival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil. Perspectiva de evoluç**ão. São Paulo: Saraiva, 2010. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental.** São Paulo: Saraiva, 2001. TAVARES, André Ramos. C**urso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. TAVARES, André Ramos. **Aspectos atuais do controle abstrato da omissão inconstitucional do legisla- dor no Brasil.** In: FERREIRA, Olavo Alves et al. (Org.). **Constituição Federal, 15 anos**: mutação e evolução, comentários e perspectivas. São Paulo: Método, 2003. TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005a. TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil após 88.** (Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005. TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado**. Hard cases e soluções juridicamente adequadas. São Paulo: Método, 2006. TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. TAVARES, André Ramos. Supremo Tribunal Federal. In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional.**

democrática do Supremo Tribunal Federal, para realizar o controle de constitucionalidade. Estes exemplos, colhidos no contexto da discussão sobre Processo Constitucional é bastante considerável, sem falar dos autores mais modernos, atualizadores do tema. Às obras indicadas, podem ser acrescentadas outras mais, o que indica ser pouco provável que a bibliografia sobre o tema seja escassa[1116].

Soraya Lunardi[1117] enfatiza que mesmo havendo um grande debate em torno da temática do controle judicial de constitucionalidade, a doutrina ainda se ressente da ausência de um estudo mais detido sobre os elementos processuais da jurisdição constitucional, visando criar um Processo próprio para este ramo do direito.

Sob esta perspectiva identifica um espaço propicio à transposição dos elementos processuais do processo tradicional para o âmbito da jurisdição constitucional, gerando uma hibridez entre processo comum e processo constitucional. Soraya Lunardi chama a atenção para a necessidade da construção de uma Teoria Processual do Direito Constitucional, sistemática e crítica que discipline os atuais contornos imprecisos do processo objetivo[1118].

São Paulo: Saraiva, 2007. p. 370-372. TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. TAVARES, André Ramos. Por que um Código Processual Constitucional? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais,** n. 16, p. 17-33, 2010. TAVARES, André Ramos. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: Temis, 2001. VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional da constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

[1115] CERRI, Augusto. **Corso de giustizia costituzionale**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2004. MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2003. RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. **Lineamenti de giustizia constituzionale**. 3. ed. Torino: G. Giappicchelli Editore, 2004. CICCONETTI, Stefano Maria. **Lezioni di giustizia costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2006. SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. **Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren,Entscheidungen.** Munique: Beck, 2004. DRAGO, Guillaume. **Justice constutionnelle**. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (Org.). Dictionnaire de la culture juridique. Paris: PUF, 2003. DRAGO, Guillaume. Contentieux constitution nel Français. Paris: PUF, 2006.

[1116] ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile:** il modello constituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 11. GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional.** Porto Alegre: Síntese 1999. P. 48-53. GIANNOZZI, Giancarlo. Reflessioni Intorno All'oggetto del Processo Costituzionale. **Jus, Rivista di Scienze Giuridiche**, fasc. III, IV. jul./dez., 1963, p. 393. VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie Costituzionali del Processo Civile. Due Process of Law e Art. 24 Cost.** Milão: Giuffre, 1973

[1117] LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional:** análise de sua autonomia, natureza e elementos. Soraya Lunardi. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-5.

[1118] Soraya Lunardi indaga sobre se há ou não legitimidade democrática nas decisões das Cortes Constitucionais, em especial porque não são fruto de uma escolha majoritariamente democrática. Se há legitimidade, quais as condições e quais as características destas Cortes e em que bases se legitimam as decisões judiciais de controle de constitucionalidade. Indaga ainda sobre qual

Lunardi [1119] ao analisar os olhares da doutrina processual civil, sobre a figura do Processo Constitucional, observa que Cintra, Grinover e Dinamarco, sustentam que não configura ramo autônomo do direito processual sendo apenas "mera colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a constituicao".

De fato, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco[1120], ao dissertarem sobre o tema do Direito Processual Constitucional, assentam que o "direito processual constitucional" é o nome resultante da "condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo".

Desta forma negam, qualquer tipo de autonomia científica para a matéria, e para não deixarem dúvida explicitam que "não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação cientifica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição".

Neste sentido a forma de pensar destes autores os aproxima mais da concepção de Marinoni sobre a inexistência de uma ciência processual constitucional. Cintra, Grinover e Dinamarco[1121] observam que o "direito processual constitucional" abrangeria a "tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária, o que corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias e o processo e a jurisdição constitucional".

O conjunto destes aspectos e observações se coaduna muito mais com as opiniões exaradas por Marinoni, do que pelas evidências tomadas da própria literatura especializada sobre o tema. Cintra, Grinover e Dinamarco[1122] explicam que a jurisdição constitucional, encampa o controle judiciário da constitucionalidade das

---

seria a melhor forma de otimizar o processo objetivo, como pode se dar uma maior efetividade ao processo que visa concretizar os direitos fundamentais. (LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional:** análise de sua autonomia, natureza e elementos. Soraya Lunardi. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-5).

[1119] LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional:** análise de sua autonomia, natureza e elementos. Soraya Lunardi. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-5.

[1120] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, p. 104.

[1121] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, p. 104.

[1122] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**....

leis e dos atos da Administração e a denominada "jurisdição constitucional das Liberdades", que consiste no uso dos remédios constitucionais processuais, tais como o habeas corpus, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o habeas data e ação popular.

O triunvirato processualista[1123] analisa a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária em tópico à parte e quanto a jurisdição constitucional a atribuem especificamente ao Direito Constitucional, ao Direito Processual Civil e ao Direito Processual Penal.

Quanto à "tutela constitucional do processo", especificamente, a reivindicam totalmente para a Teoria Geral do Processo e como tal a analisam sob uma dupla perspectiva: a) do direito de acesso à justiça e b) do direito ao processo (ou garantias do devido processo legal).

Afirmam ainda, tais autores[1124] que a Constituição brasileira configura o direito processual, não mais como "mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça e preservação do valor da liberdade", atribuindo à União a competência para legislar sobre o direito processual, unitariamente conceituado (art. 22, inc. I); quanto a "procedimentos em matéria processual", da competência concorrente a União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, inc. XI), por identificar a "relevância da ciência processual".

Recolhe-se ainda da doutrina, o entendimento de Rodriguez Dominguez**[1125]** para quem a localização de normas processuais na Constituição, não significa reconhecer um Direito Processual Constitucional, pois, ao final, remanesce a Constituição como fundamento de todo o ordenamento jurídico e partindo de um silogismo procura explicitar sua concepção.

Rodriguez Dominguez[1126] sustenta que como, a existência de normas de Direito Civil, Direito do Trabalho e outros ramos, nas Constituição não autorizaria o trato metodológico e a construção e de disciplinas de "Direito Constitucional Civil", "Direito Constitucional do Trabalho" e assim sucessivamente, também, não se

---

[1123] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**...

[1124] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, p. 105.

[1125] DOMÍNGUEZ, Elvito Rodríguez. **Derecho Procesal Constitucional**. Lima: Grijley, 2006.

[1126] DOMÍNGUEZ, Elvito Rodríguez. **Derecho Procesal Constitucional**...

poderia falar em um “Direito Processual Constitucional”, o qual é plasmado na Constituição, mas dela não teria nascido.

À rigor, uma Disciplina é reconhecida como tal a partir da aferição de seus elementos constitutivos essenciais, ou seja, é cientificamente é dotada de objeto próprio, metodologia própria, conceitos específicos que a definem, os quais são inaplicáveis a outros ramos do Direito e uma lógica sistêmica principiológica e específica, toda particular que delimita seus fins de forma criteriosa.

Como se vê, os motivos para se tentar rechaçar a autonomia epistêmica da Disciplina, são das mais diversas ordens, contudo, nenhum dos elementos acima citados que integram o corpo de uma Disciplina autônoma são negados pelos que não reconhecem esta cientificidade.

Como então diante de todos os requisitos de cientificidade, aptos a identificarem autonomia epistêmica não se reconhecer que o Processo Constitucional é uma Disciplina autônoma?

Negar a cientificidade e autonomia da Disciplina em questão, tem graves consequencias, pois revela que os que assim o fazem, sequer chegaram a percebe que o Processo Constitucional ao pressupor seu entrelaçado com a atividade do Tribunal Constitucional, e atender a fins diversos dos que são previstos no Processo tradicional, estaria sendo colocado em um limbo conceitual, pois, ao mundo do Processo apenas, não pertenceria e ao mundo do Direito Constitucional apenas, também não pertenceria.

Deste labirinto epistemológico, resulta concluir que a negativa em se aceitar o Processo Constitucional como Disciplina autônoma, implica em um enfraquecimento da força normativa da própria Constituição e sua negação, uma vez que não existe Constituição se esta é incapaz de proteger a si mesma.

Ao se negar a cientificidade e autonomia ao Direito Processual Constitucional, rompem-se as pontes entre a Jurisdição Constitucional e as Teorias Democráticas, assecuratórias da proteção integral dos Direitos Fundamentais.

Por outro lado, a legião dos que entendem ser o Direito Processual Constitucional dotado de autonomia científica é considerável, observando-se que a crítica processualista generalista, não consegue se movimentar no campo do Direito Constitucional, a tal ponto de justificar seus contraditórios pontos de vista e isso poderia se dar por questões eminentemente de ordem científica.

O Direito Processual Constitucional ao se expandir da forma como se deu

torna inevitável a pressuposição de uma estrutura epistêmica, que o dote de todas as suas necessidades, fins e lógica sistêmica própria, atributos que à Teoria Geral do Processo jamais serão conferidos, pelo apequenamento que resultaria, pelo atraso no qual se incidiria e pela incongruência de sistemas com lógicas absolutamente diversas com que operam.

A lógica operativa processual constitucional é de índole pública e intrinsecamente imbricadas nas teorias democráticas do direito marcadamente nos últimos anos, assentadas, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito ao passo que a lógica global da Teoria Geral do Processo já vem contaminada com um direito privatista, burguês, liberal e principalmente civilista onde avultam mais ainda estas mesmas características.

Neste sentido é interessante o argumento de Soraya Lunardi[1127], ao observar a multiplicação dos estudos sob a perspectiva da autonomia do Direito Processual Constitucional, aludindo ao Código de Processo Constitucional, promulgado no Peru em 31 de maio de 2004 (Lei no 28.23720) regulamentando os sete processos de garantia da Constituição, previstos na Constituição de 1993. Acrescente-se ainda o projeto de construção do Código de Processo Constitucional brasileiro[1128].

Pode se tomar em conta o fato de que se tais Códigos, chegam a ter o teor e a sistematicidade suficientes para se revestirem de natureza dogmática, corporificada em Códigos, é inegável a eloquente natureza autônoma do Direito Processual Constitucional. A construção legislativa dotando o ordenamento jurídico de forma sistêmica, integrada e principiológica, no plano da dogmática é por si um argumento auto evidente.

Tais Códigos, pressupõe em sua composição objeto, metodologia, especificidade conceitual e uma lógica particular, mas mesmo que não sejam considerados os motivos que os justificam epistemologicamente, é possível detectar que o objeto do Direito Processual Constitucional não é o mesmo nem da Teoria Geral do Processo e nem Constituição pura, do que se deduz, ser factível afirmar as condições necessárias e suficientes, para reconhecer a autonomia da Disciplina do

---

[1127] LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional:** análise de sua autonomia, natureza e elementos. Soraya Lunardi. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11-14.

[1128] BOCHENEK, Antônio César. HORIE, Helen Yumi. “Processo constitucional estrutural: amicus curiae”. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes. (Org.) **Elementos para um Código de Processo Constitucional brasileiro**. Londrina: Thoth, 2022, p. 348.

Processo Constitucional.

Soraya Lunardi[1129] ressalta de forma didática os elementos que de fato constituem a estrutura de uma Disciplina, conceitos, estruturas ordenadas, denominações e métodos, o que sem dúvida, vai muito além de uma compreensão minimalista e desestruturada do Processo Constitucional.

A atividade dos Tribunais Constitucionais agrega todos estes elementos lhes dando vida na atividade da jurisdição constitucional de forma constante e reiterada. Observe-se o seguinte conceito trazido por Luis Alberto Carrasco García[1130], segundo o qual:

> O Direito Processual Constitucional é a disciplina jurídica que, integrando essencialmente o Direito Processual, estuda e interpreta as normas instrumentais, que regulam os processos constitucionais, destinados a solucionar conflitos que versam sobre matéria constitucional, ou seja, a vigência e aplicação da Constituição, como expressão apropriada do princípio da Supremacia Constitucional, tanto em seu aspecto dogmático (Direitos Constitucionais), como em sua dimensão orgânica (Estrutura do Estado)[1131]. (tradução livre)

O conceito acima é muito útil para expressar a linha argumentativa desta tese, no sentido de evidenciar que não é possível o Direito Processual Constitucional caber nos estreitos limites do generalismo processual. Enquanto perspectiva de Disciplina, o Direito Processual Constitucional, traz a necessidade debatida na doutrina, de uma precisão conceitual.

Neste sentido, se tem esmerado para trazer as mais diversas acepções terminológicas, Jurisdição Constitucional, Justiça Constitucional, Processo Constitucional, todas expressões concretas que evidenciam a impossibilidade reducionista do Direito Processual Constitucional, que pretende certa parte da doutrina processualista.

Não seria exagero afirmar que sem o necessário estofo teorético básico, os processualistas tentaram dar respostas para o que a fundo não dominam no grau de precisão, profundidade e extensão necessários.

[1129] LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional:** análise de sua autonomia, natureza e elementos. Soraya Lunardi. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-5.

[1130] GARCÍA, Luis Alberto. Derecho Procesal Constitucional. 2 ed. Lima: Fecat, 2010, p. 11.

[1131] "*El Derecho Procesal Constitucional es la disciplina jurídica que participando de la unidad esencial del derecho procesal estudia e interpreta las normas instrumentales que regulan los procesos constitucionales destinados a solucionar conflictos que versan sobre materia constitucional; esto es la vigencia y aplicación de la Constitución, como cabal expresión del principio de Supremacía Constitucional, tanto en su parte dogmática (Derechos Constitucionales), como en su parte orgánica (Estructura del Estado)*".

A incongruência em se buscar abarcar a Disciplina do Processo Constitucional pela Teoria Geral do Processo, criada desde o início à luz do liberalismo privatista, individualista e sem afinidade alguma com o Processo Constitucional, aliás, negando-o em essência ao afastar-se de uma Teoria Democrática.

Revela-se temerária a pretensão de se equiparar as Disciplinas da Teoria Geral do Processo com o Direito o Direito Processual Constitucional, o resultado é desastroso, a reivindicação de toda a matéria, a estruturação e os fins do Processo Constitucional, para o seio de uma disciplina, que sequer tem conseguido dar conta do déficit de cidadania ao longo de décadas.

A Teoria Geral do Processo se explica, se justifica, mas não é a garantia mínima de solucionar as reiteradas crises do Direito, uma vez que é incapaz de dar conta de conflitos massivos, demandas sociais, expressando a total impossibilidade científica e impropriedade sistêmica do sequestro do Direito Processual Constitucional pela Teoria Geral do Processo.

c) Assim como uma Teoria das Tutelas de Direitos tem seus fins na tutela dos direitos materiais, o estudo do Processo Constitucional, deve ser condicionado ao tipo de tutela ao qual serve. Comentário de Marinoni[1132]:

> Eu como processualista civil, sempre tive muita preocupação em atrelar o processo às necessidades do direito substancial, então eu procurei em um determinado momento, quando a distância entre o Processo e o direito material ainda era muito grande e é. Eu procurei nesta época desenvolver uma Teoria da Tutela dos Direitos, para, a partir das Tutelas dos Direitos, poder pensar em um Processo idealizado para servir as necessidades de tutela, do direito material, ou seja, eu sempre parto da premissa de que é impossível se estudar processo, sem saber a que tipo de tutela ele serve. O Processo Civil se relaciona com as tutelas do direito material, isso é importante porque se não for assim, o Processo vira Procedimento. (5:25) a (6:25)

d) Se o Processo não está disposto para a finalidade de proteção de uma tutela de direitos dogmaticamente estabelecida, de igual forma não se chega às tutelas prometidas pelo Direito, tanto Constitucional como substancial e infraconstitucional. Comentário de Marinoni[1133]:

[1132] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. In: Conferência promovida pelo Núcleo de Estudos Paideia/UFPR e Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS)/ UFPR. (Transcrição de vídeo - 03:40 a 11:53). 5 de set. de 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-1C7vvy25hs. Acesso em: 22 jan. 2024.

[1133] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**...

> Se eu não sei a que fim o Processo deve servir, e quando eu falo de uma tutela esta é racionalmente e dogmaticamente, muito bem delineada, se eu não sei (a que fins serve) eu não consigo chegar às tutelas que são prometidas pelo Direito Constitucional e pelo direito substancial infraconstitucional. (6:33) a (6:55)

e) Sem posicionar o Processo Civil, em direção aos fins almejados, não é possível uma fiscalização quanto a eventuais equívocos por parte do legislador. Comentário de Marinoni[1134]:

> Se eu não consigo enxergar ou categorizar, estes tipos de tutela, eu fico à mercê do legislador, em outras palavras, eu não tenho como identificar eventuais falhas do legislador, na estruturação de técnicas processuais idôneas efetivas, ao alcance efetivo, das tutelas prometidas pelo direito material. (6:58) a (7:20)

f) A condição de efetivação e tutela dos direitos fundamentais, só pode se dar pela via do Processo Constitucional, se este, de antemão identificar qual tipo de direito necessita de qual tipo de tutela.

g) Sem posicionar o Processo Constitucional, direcionado aos fins almejados, não é possível uma fiscalização quanto a eventuais equívocos por parte do legislador. Comentário de Marinoni[1135]:

> E não posso, portanto, a partir daí, pensar na legislação Processual Civil, a partir dos direitos fundamentais processuais, e, portanto, corrigir eventualmente as normas processuais, mediante a decisão de inconstitucionalidade ou as decisões reconstrutivas ou ditas manipulativas propriamente ditas ou ainda mediante a técnica de interpretação conforme. (7:25) a (7:51)

Comentário de Marinoni[1136] que o Processo deve visar os fins sob pena de se converter em procedimento:

h) Se a Tutela de Direitos do Processo Civil não é executada tendo em vista os seus fins, não mais se estaria falando de Processo, mas sim de procedimento.

i) A condição de efetivação e tutela dos direitos fundamentais, só podem se dar pela via do Processo Constitucional, se este, de antemão identificar qual tipo de direito necessita de qual tipo de tutela. Comentário de Marinoni[1137]:

> Em outras palavras, eu fico vinculado ao tecido a normativo instituído pelo legislador, sem dele poder sair, eu fico a ele preso, porque eu não posso enxergar esse procedimento, a partir de um fim, ao qual ele deve servir, que

---

[1134] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**...
[1135] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**....
[1136] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**....
[1137] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**....

> é a tutela garantido pelo direito material (7:57) a (8:10)

j) O objeto da tutela oriunda do Processo Constitucional, deve ser condicionado à sua finalidade protetiva, o que se estabelece a partir da identificação da categoria do direito fundamental a reclamar a respectiva proteção constitucional processual. Comentário de Marinoni[1138]:

> E não posso também e obviamente fazer a relação entre a tutela e a estrutura técnica do processo, elaborada pelo legislador, se eu não tenho a meu dispor **algo que está acima** e que na verdade está portando, na Constituição, e que me permite uma leitura crítica do tecido normativo processual, à luz das necessidades da tutela do direito material, ou é olhar o problema, esse problema é exatamente o mesmo quando você olha para a Constituição. (8:17) a (8:48) (grifos nossos)

k) A proteção sistêmica dos direitos fundamentais via Processo Constitucional só se dá identificando "os fins" a que a tutela constitucional processual deve servir. Comentário de Marinoni[1139]:

> Processo constitucional não é devido processo legal, duplo grau de jurisdição, Princípio do contraditório, ação disso, ação daquilo, ADPF, Ação Direta, Ação Indireta ou coisas do tipo, isso são nomes que se dão a procedimentos, ou constituem técnicas que existem há muito tempo e tem por objetivo, garantir direitos importantes do cidadão, que estão catalogados na Constituição, mas não é mais do que isso, não é uma Teoria do Processo Constitucional. (8:55) a (9:27)

De igual forma, os tópicos acima também podem ser reunidos em um mesmo bloco argumentativo.

l) As categorias jurídicas dos princípios e ações processuais são meros "nomes" ou "técnicas" antigas que visam proteger direitos catalogados na Constituição, contudo, isso não é Teoria do Processo Constitucional. Comentário de Marinoni[1140]:

> Uma Teoria do Processo Constitucional tem que perguntar sobre o seu fim. Se diria em poucas palavras que o fim do Processo Constitucional, como se funciona uma teoria do direito do processo constitucional, tem que perguntar sobre o seu fim. Você diria em poucas palavras, que o fim do processo constitucional é o de atender as tutelas necessárias para dar a atuação à constituição, à tutela da Constituição o processo constitucional deve servir as várias tutelas prometidas pela constituição. (9 32) a (9:50)

Uma Teoria do Processo Constitucional, pressupõe a identificação de "seus fins" e a finalidade do Processo Constitucional é "atender tutelas necessárias para da atuação à Constituição" e atender às tutelas prometidas na Constituição.

[1138] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. ...
[1139] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. ...
[1140] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**...

Comentário de Marinoni[1141]:

> O fato é que não existe só tutela de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, são várias as tutelas que são prometidas pelo Processo Constitucional, mas muito mais do que isso, o problema não está aí. O problema se conjuga com a teoria política ou mais especificamente, com a teoria democrática. eu tenho que perguntar a que tipo de Constituição e a que ambiente constitucional eu quero servir. Este é o fato. (9:57) a (10:18)

A proteção de direitos fundamentais pela via do Processo Constitucional é condicionada a identificação da natureza da Constituição. Comentário de Marinoni[1142]:

> Quando eu pergunto sobre o processo constitucional, eu tenho que de antemão saber, de que Constituição estou tratando e a que tipo de Teoria do Direito Constitucional eu quero servir, à luz da teoria democrática, porque eu não posso falar de teoria do direito constitucional à distância da teoria democrática. Em outras palavras, nós pensamos dizer bom, qual é o grande problema dos nossos tempos em relação à afirmação das constituições ocidentais das democracias liberais. (10:24) a (10:56).

a) Da junção da Teoria do Processo Constitucional com a Teoria Democrática, resulta a necessidade de proteção de direitos fundamentais ante o caráter de indeterminação das normas constitucionais.

> Fundamentalmente o nosso grande problema é o de que nós não temos uma a possibilidade de prestar apenas tutela a direitos estruturados e a direitos enumerados os direitos que garantem simplesmente é direito de liberdade ou à limitação dos poderes, ou a divisão dos poderes. Hoje nós trabalhamos em quase todos os países do mundo, isso é quase que indispensável, com "normas indeterminadas", com "normas Constitucionais indeterminadas" e, portanto, com direitos fundamentais construídas com base nessa técnica". Os "direitos fundamentais" são construídos com base na técnica da indeterminação do tecido normativo. Esse é o ponto. (11:00) a (11:53).

Todos os tópicos acima podem ser englobados em uma mesma situação, pois o que há aqui é uma inversão no plano epistemológico, pois, não são os fins que condicionam os meios em se tratando de Teorias Democráticas, que pressupõe o respeito a autoridade do Processo, enquanto instituição democrática fundamental e se a idéia de condicionamento dos meios aos fins, vem à luz neste contexto isso se dá devido a índole instrumental do Processo.

É este viés instrumentalista, que tanto tem marcado a processualística e que consiste na concepção do Processo, como instrumento manejado tendo por fins escopos metajurídicos e não pela Instituição do Processo em si, como garantia das liberdades públicas, negando o atrelamento democrático à concepção e exercício do

---

[1141] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**...

[1142] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**..

Processo tem sido fator de grande atraso no desenvolvimento de tutelas de fato democráticas.

Esta concepção é que vai trazer outras dificuldades conceituais, como reconhece Marinoni ao radiografar a processualística no que tange ao Processo Constitucional. A idéia basilar das concepções de tutelas do próprio Marinoni não deixam de estar fortemente enodoadas pelo instrumentalismo, mesmo aos se negar que assim o seja. Não se pode embarcar em um sonho semântico mirando o fim do processo em sua dimensão de efetividade e se ignorar que a procedimentalidade é uma constante nas sociedades democráticas.

Pretender que a condição de efetivação e tutela dos direitos fundamentais, só possa se dar a partir da identificação do direito ao qual se pretende tutelar se este, de antemão identificar qual tipo de direito necessita e de qual tipo de tutela, como pretende Marinoni, não pode se dar operar sem maiores preocupações epistemológicas.

A efetivação dos direitos fundamentais não se dá sob a perspectiva "*prêt-à-porter*", como se depreende das estruturas sub-repticiamente organizadas da escola instrumental, presentes nos discursos de efetividade como se dá em Marinoni ao dissertar sobre sua teoria das tutelas processuais, tendo em vista o caminho pavimentado pela institucionalidade do Processo Constitucional onde não é possível justificar os fins pelos meios.

Na concepção democrática integral, instituída nos regimes assentados no Estado Democrático de Direito, todo o percurso deve ser visto e não se podem tomar os fins pelos meios, até mesmo sob a ótica kantiana, não se pode proceder inversões ontológicas, onde o meio acaba ao fundo identificando os fins e não o contrário porque não tem sido incomum boas intenções arruinarem boas democracias. É o próprio Marinoni[1143] que deixa entrever isso, mesmo sobe o fundamento de um argumento democrático, ao afirmar:

> Eu como processualista civil, sempre tive muita preocupação em atrelar o processo às necessidades do direito substancial, então eu procurei em um determinado momento, quando a distância entre o Processo e o direito material ainda era muito grande e é. Eu procurei nesta época desenvolver uma Teoria da Tutela dos Direitos, para, a partir das Tutelas dos Direitos, poder pensar em um Processo idealizado para servir as necessidades de tutela, do direito material, ou seja, eu sempre parto da premissa de que é impossível se estudar processo, sem saber a que tipo de tutela ele serve. O Processo Civil se relaciona com as tutelas do direito material, isso é

[1143] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**...

> importante porque se não for assim, o Processo vira Procedimento. (5:25) a (6:25)

Mais ainda, afirma Marinoni[1144] que antes de procurar a tutela se deve olhar o direito a ser protegido seria condição para que o Processo não se converta em "procedimento", vide:

> "eu sempre parto da premissa de que é impossível se estudar processo, sem saber a que tipo de tutela ele serve. O Processo Civil se relaciona com as tutelas do direito material, isso é importante porque se não for assim, o Processo vira Procedimento. (5:25) a (6:25)

O argumento pode ser formalmente democrático, mas ontologicamente não e logicamente expressa justamente o seu contrário, pois não se assegura o respeito ao Processo, enquanto instituição democrática, consubstanciado na garantia devido processo, pela inversão de fins e meios e pela eleição de tutelas calibradas aos interesses em jogo.

Se o Processo deixa de ser Processo não é por se intensificarem os ataques à sua institucionalidade, mas justamente pelo contrário, se preserva o Processo quando não se atacam suas bases definidoras, como procedimento tomado na perspectiva do contraditório, da isonomia, da paridade, a ampla defesa e todos os demais desdobramentos, cristalizados na expressão genérica do "*due process of law*".

Na obra sobre Processo Constitucional e Democracia de Marinoni[1145] não é possível identificar a abordagem científica da Disciplina do Direito Processual Constitucional, rigorosamente falando, o simples fato de não constar dentre as referências bibliográficas as obras de José Alfredo de Oliveira Baracho, como já mencionado.

Tal omissão, não apenas empobrece por demais as idéias sustentadas, como metodologicamente não se traça uma revisão teórica sobre o tema, o que abre caminho primeiro para incompreensões, segundo para a inconsistência teórica e terceiro, como uma fragilidade metodológica que compromete a finalidade última da obra que seria abordar o tema "Processo Constitucional".

É a bem da verdade uma obra muito bem estruturada, mas, que consiste em um grande apanhado de Direito Constitucional, entremeado com filosofia política e comentários sobre decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, mas não existe

---

[1144] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**....

[1145] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. 5 de set. de 2023. 3 ed.

uma abordagem metodológica estruturalmente organizada dispondo de uma principiologia organicamente disposta, apenas por este prisma é possível concordar com o argumento de que os processualistas não teriam se ocupado em precisar os conceitos, fins e metodologia do Processo Constitucional.

A obra reflete em verdade a honestidade intelectual do autor, na medida em que afirmou em sua palestra para os alunos da Universidade Federal do Paraná[1146] que não acreditava na existência de um verdadeiro Processo Constitucional, neste ponto é de se reconhecer a coerência do autor.

Não há como versar sobre o tema sem apontar a influência deste grande jurista no cenário das letras jurídicas e se assim se faz não é senão em virtude do reconhecimento do que seu grande vulto e liderança intelectual significam no universo acadêmico.

Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni[1147]ao analisar a questão da crise do conceito de relação jurídica processual, observa que há um contraste inconciliável entre a estrutura conceitual que Niklas Lhumann desenvolve em sua Teoria Sistêmica, no tocante à legitimidade e a construção conceitual de Elio Fazzalari, também em torno do tema da legitimidade.

Para Niklas Lhumann[1148] a legitimação se dá pelo procedimento, como aliás, se dá de uma forma geral com os procedimentalistas, que identificam na participação daqueles atingidos pelas decisões de poder, o direito de terem a oportunidade de efetivamente externalizarem as suas considerações em face aos atos das autoridades estatais, sendo a concepção de Niklas Lhumann é indiferente ao resultado justo ou injusto, restringindo-se somente a uma possível aceitabilidade como resultado.

Para Elio Fazzalari[1149] em sua teoria processual, o seu interesse é voltado para a análise visando o contraditório, na constatação da efetiva participação das

---

[1146] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. In: Conferência promovida pelo Núcleo de Estudos Paideia/UFPR e Centro Acadêmico Hugo Simas (CAHS)/ UFPR. (Transcrição de vídeo - 03:40 a 11:53). 5 de set. de 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-1C7vvy25hs.Acesso em: 22 jan. 2024.

[1147] MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Da Teoria da Relação Juridica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira. DIDIER JR, Fredie Souza. (orgs.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2007, p. 555-556. Disponível em: https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/teoria_do_processo_-_panorama_doutrinari_1.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

[1148] **LUHMANN**, **Niklas**. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução M. C. Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

[1149] FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Istituzioni di diritto processuale**, 3 ed. Padova: Cedam, 1983.

partes em contraditório na formação da decisão judicial. Portanto, e o seu conceito de legitimidade, não se dá sob o mesmo enfoque de Lhumann.

Segundo Marinoni[1150], a teoria de Fazzalari[1151] não se mostra preocupada com a legitimidade da decisão, mas, apenas em legitimar a jurisdição pela participação em contraditório, havendo processo quando é contemplada a participação de todas as partes envolvidas em contraditório, de modo que os litigantes ao se expressarem, não dão uma alternativa ao juiz, senão atentar para ambas as linhas argumentativas senão para atendê-las ao menos para não as ignorar.

Para Marinoni[1152] o problema não está na questão do contraditório como peça central da contrariedade das pretensões em juízo, mas sim, no ato de não se eleger os meios de tutela jurídica, orientadas a um respectivo fim. Há um texto específico em que Marinoni enfrenta em parte esta questão, mas para demonstrar aspectos, que ao seu ver são problemáticos na construção teórica de Fazzalari.

Marinoni[1153] analisa no referido trabalho o contraste das concepções de Niklas Lhumann e Elio Fazzalari, no sentido de defender a tese de que suas teorias não se comunicam tendo conotações totalmente diversas.

A teoria de Elio Fazzalari teria problemas, ao seu ver, porque “não estaria preocupada com o direito ao procedimento adequado à tutela do direito ou com a necessidade de o procedimento estar atento às necessidades do direito material”, o que seria “obviamente imprescindível para a legitimidade do processo”, porque sequer toca de perto no problema da legitimidade da atuação jurisdicional, quando se discute os direitos fundamentais diante da decisão da maioria parlamentar.

Tal circunstância remete ao que chama de “direito ao procedimento adequado à tutela do direito material”, se daria pelo princípio da inafastabilidade da

---

[1150] MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Juridica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira. DIDIER JR, Fredie Souza. (orgs.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2007, p. 557. Disponível em: https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/teoria_do_processo_-_panorama_doutrinari_1.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

[1151] FAZZALARI, Elio. Procedimento: I – Procedimento e Processo (Teoria Generale), V. 34. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

[1152] MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Juridica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira. DIDIER JR, Fredie Souza. (orgs.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2007, p. 555-556. Disponível em: https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/teoria_do_processo_-_panorama_doutrinari_1.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

[1153] MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Juridica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional...

jurisdição (Art. 5º ... XXXV, o acesso à justiça como direito fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil).

Como conclusão do comparativo das perspectivas lhumannianas e fazzalarianas, Marinoni[1154] observa que que nem a legitimidade de Lhumann está a respaldar a teoria de Fazzalari e nem a garantia consistente no procedimento qualificado pela participação em contraditório, se refere aos pressupostos teoréticos de Lhumann, não são a mesma coisa, equivocando-se a doutrina que assim supõe[1155], as duas concepções não se atacam as razões de "ilegitimidade" de forma alinhada.

Se Lhumann busca a legitimidade pelo procedimento a tal ponto de aceitar o que seria aceitável, mas não exatamente o justo visando estabilizar expectativas, Fazzalari, busca dotar os contendentes de condições igualitárias em juízo, Fazzalari

busca a legitimidade do exercício da jurisdição no procedimento, realizado em contraditório, não entra na seara da legitimidade da decisão pelos direitos fundamentais sob o mesmo viés de Luhmann ao trabalhar com a legitimidade pelo procedimento.

Seja em um sentido ou em outro, o que Marinoni busca explicitar é que, "de qualquer forma, não há dúvida que as teorias de Fazzalari e de Luhmann não são adequadas a uma idéia de Estado cujo principal dever é o de dar tutela aos direitos na dimensão da Constituição".

Apesar de todo este esforço analítico, Marinoni não demonstra em que sentido a teoria democrática que exige contraditório em seu largo espectro principiológico e o faz não sem sentido, mas visando justamente reforçar a natureza instrumental do Processo, que uma vez imbuído do escopo metajurídico e agora meta-constitucional, de tutelar direitos, relativiza ou até suspende uma lógica garantista metamorfoseada em efetividade processual e celeridade, instrumentalidade. Com pressupostos desta natureza não pode causar perplexidade o papel diminuto que a doutrina tem feito uso das noções de Processo Constitucional.

[1154] MARINONI, Luiz Guilherme...

[1155] Cândido Rangel Dinamarco. **A instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Malheiros, 1996, p. 130.

Como visto anteriormente, neste particular, Pugliesi[1156] ao destacar os elementos necessários para consolidar e fundamentar bem uma decisão aponta para a) previsibilidade, b) certeza e c) segurança, a uniformidade é investigada à luz da doutrina do direito internacional, que enfrenta o problema de obtenção de resultados semelhantes em jurisdições distintas.

Todos os elementos destacados por Pugliesi presentes na doutrina constitucional, integram o núcleo da noção de Processo Constitucional, barrando as tentativas de uma jurisdição ativista e desarrazoada. Ilustra-se bem essa assertiva a partir do plano do Processo Penal, onde há sérias questões a serem consideradas, na medida em que o ativismo judicial assume ares de um Estado terrorista, conforme assinalam Schrappe e Henning.[1157]

A noção de Processo Constitucional aqui desenvolvida enfrenta também este entrave teórico, identificando-se com a tese da mencionada autora. Esta sustenta a necessidade da refundação garantista da jurisdição penal e de alternativas democráticas à crise de legitimidade do sistema penal brasileiro, frente às práticas neoliberais adotadas a partir do discurso da eficiência no processo penal. Isso é justamente o cerne da escola instrumental do Processo, deslocada para o centro nervoso do Direito Processual Penal.

Somando-se às duas primeiras posições de Pugliesi e Alana Schrappe, na linha da integralidade e do garantismo, respectivamente, conflui a tese de Paulo Ricardo Schier,[1158] o qual revendo seu conceito de “filtragem constitucional”, em face ao neoconstitucionalismo, evidencia mais uma vez os elementos do “Pluralismo Jurídico”, a enriquecer a dinâmica do Processo Constitucional.

O texto menciona que a Constituição fornece os referenciais teóricos para justificar a normatividade em sua integralidade e permite a luta por sua realização plena. Também destaca a importância da dogmática constitucional principialista, da filtragem constitucional e de outros pressupostos e instrumentais do neoconstitucionalismo. Ana Cláudia Santano,[1159] em um artigo sobre a insegurança

---

[1156] *Idem, Ibidem.*

[1157] SCHRAPPE**,** Allana Campos Marques; HENNING, Luiz Felippe de Castro. **Direito penal do inimigo como atualização do terrorismo de Estado**. Disponível em: https://bit.ly/3tXZScz. Acesso em: 15 jun. 2023.

[1158] SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005. Disponível em: https://bit.ly/3SaDTqS. Acesso em: 12 fev. 2020.

[1159] SANTANO, Ana Claudia. **Entre a (in)segurança jurídica, os direitos fundamentais políticos e**

jurídica relacionada aos direitos fundamentais políticos, sugere a criação de uma Justiça Eleitoral permanente e estruturada para lidar com os efeitos prejudiciais ao sistema democrático brasileiro causados pelo ativismo judicial.

O texto destaca que, conforme mencionado por Pugliesi, Schrappe e Schier, o ponto comum nas discussões sobre a violação ao Processo Constitucional está relacionado à jurisdição constitucional, centrada na temática dos precedentes. Pugliesi trata da construção das garantias processuais penais, Schrappe menciona a necessidade de uma refundação garantista da jurisdição penal, e Schier aborda os critérios hermenêuticos de filtragem constitucional diante do neoliberalismo, todos apontando para aspectos específicos dos prejuízos democráticos causados pelo ativismo judicial.

O núcleo teórico dos autores supracitados encampa teses originais, cada um numa área distinta do direito, mas que, em conjunto, evidenciam os danos do ativismo judicial e a necessidade de se fazer aportes teóricos nos distintos setores do direito, como estratégia de fortalecimento da tese do "pluralismo jurídico" aliada às noções garantias do Processo Constitucional Substancial.

Todos os aspectos abordados sugerem uma análise em conjunto de alguns textos constitucionais, os quais confirmam tais posições segundo os respectivos posicionamentos dos variados constitucionalismos expressos nos textos constitucionais, tal qual a teoria dos Blocos de Constitucionalidade.[1160] Essas estratégias reforçam a identidade ao Sujeito Constitucional. O desafio é resistir às

---

o ativismo judicial: as deficiências da justiça eleitoral e seus efeitos sobre a democracia brasileira. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3Hy7dCQ. Acesso em: 12 fev. 2020.

[1160] Pela teoria dos Blocos de Constitucionalidade, de autoria de Louis Favoreu, os Preâmbulos integram as Constituições como técnica de proteção em bloco de um conjunto dos direitos e princípios da ordem constitucional anterior, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Preâmbulo da Constituição de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas Leis da República Francesa, ou a que foram incorporados à atual Constituição, mesmo que não integre formalmente o texto constitucional. Neste sentido vide: LIMA, Franscisco Meton Marques de Lima. **O resgate dos valores na interpretação constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 334-336; (FAVOREU, Louis *et al*. **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982; FAVOREU, Louis; PHILIPPE, Louis. Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel. 10. ed. Dalloz, 1999, p. 581 e ss., e, em especial, nº 26/27, p. 595-596 e DC 90-287, de 16 de janeiro de 1991. *In*: FAVOREU, Louis. **Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993** ; FAVOREAU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. **El bloque de la constitucionalidad**. 1. ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991; FAVOREAU, Louis *et al*. **Droit Constitutionnel**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2002).

tentações de cada época. Como bem salientou Petrini[1161] no prefácio da Constituição Italiana:

> E, no entanto, se o carinho e a admiração pela Carta Constitucional não cedem à tirania do passar do tempo, este aniversário também nos dá a oportunidade de refletir sobre o conteúdo deste extraordinário texto, relendo-o com atenção e procurando apreender o que é o mais elevado aí enunciado e, infelizmente, também o que muitas vezes não corresponde às sutilezas que o nosso sistema, a nossa ação política e governamental e talvez a ordem, a nossa ação política e governamental e talvez também o nosso sentimento comum pratica e personifica[1162] (tradução nossa)

A Constituição Mexicana,[1163] de 1917 com as alterações de 10/06/2011, traz uma regra interpretativa no sentido de que, em se tratando de direitos humanos, deveria prevalecer, a proteção que fosse "mais ampla as pessoas", o que vem de encontro a construção da teoria dos Blocos de Constitucionalidade inclusive, *in verbis:*

> **Art. 1º** (…) As normas relativas aos direitos humanos serão interpretadas de acordo com esta Constituição e com os tratados internacionais na matéria, favorecendo em todos os momentos a mais ampla proteção às pessoas.[1164] (tradução nossa)

Também, a Constituição Argentina traz um Recurso *sui generis* para amparar toda violação de autoridade não discriminada expressamente na Constituição. Trata-se do Recurso de Amparo.[1165] Como se vê todos esses textos, eles têm em comum o espírito de liberdade dos povos, expresso em princípios,

---

[1161] VERDUSSEN, Marc. **La Constitution Belge**. Bruxelles: Le Cri Édition, 2004.

[1162] PETRINI, Carlo. **La Costituzione della Repubblica Italiana**. Firenze: Giunti. 2018, p. 179. Do original: "*E, tuttavia, se l'affetto e l'ammirazione per la Carta Costituzionale non cedono alla tirannia del tempo che passa, questo compleanno ci dà anche l`oportunitá di riflettere sul contenuto di questo testo straordinario, rileggendolo con attenzione e cercando di cogliere ciò che di altissimo vi è enunciato e, ahimè, anche ciò che troppo spesso non corrisponde alla piega che il nostro ordinamento, il nostro agire político e di governo e forse ordinamento, il nostro agire politico e di governo e forse anche il nostro snetire comune praticano e incarnano*".

[1162] O termo "piega" é dobra, mas não define bem a ideia, por isso o traduzimos como "sutilezas", ou 'peculiaridades" do sistema.

[1163] MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. 1917. Disponível em: https://bit.ly/4baJl5B. Acesso em: 15 jun. 2023.

[1164] Do original: "*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*".

[1165] O Recurso de Amparo é um recurso com acesso direito à Corte Suprema, instituto semelhante à arguição de descumprimento de preceito fundamental no direito brasileiro, excetuando que, no Brasil, o cidadão não tem legitimidade para acessar diretamente o Supremo Tribunal Federal, a exemplo de outros países que o adotam.

regras ou sistemas dos quais se depreende o esforço para se proteger ao máximo as liberdades públicas.

Marc Verdussen,[1166] ao comentar a Constituição belga, afirma que naquele documento constitucional está estabelecido que "as normas relativas aos direitos humanos, se interpretam em conformidade com esta Constituição e com os tratados internacionais da matéria aplicando-se às pessoas a proteção mais ampla"[1167] (tradução livre).

A ideia de Processo Constitucional pressupõe a conexão indissolúvel entre o Processo e a Constituição, sendo o cerne de um complexo mecanismo de proteção às garantias constitucionais. A Constituição brasileira de 1946[1168] não trazia regras específicas relacionadas à ideia do que temos atualmente sobre Processo Constitucional.

Seu texto iniciava tratando da organização do Estado, característica que persistiu nas Constituições anteriores a 1988. A atual Constituição inverteu essa ordem, priorizando as garantias constitucionais para, só depois, abordar normas sobre a organização estatal e demais questões.

O texto de 1946, no Capítulo II, ao tratar dos "Dos Direitos e das Garantias individuais" inicia o trato das garantias no art. 141 ao dispor que "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes" (...).

A Constituição de 1946, até o artigo 144, enumera diversos direitos, intercalados por parágrafos e incisos, abrangendo diversas garantias. Notavelmente, o artigo 141 estabelece princípios fundamentais, como a isonomia jurídica (§ 1º – Todos são iguais perante a lei), a legalidade (§ 2º – Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), a irretroatividade da lei (§ 3º – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), e ainda, no § 4º, determina que "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".[1169]

[1166] VERDUSSEN, Marc. **La Constitution Belge**... p. 15.

[1167] Do original: "*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*".

[1168] BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em: https://bit.ly/3vUofIq. Acesso em: 17 jun. 2023.

[1169] BRASIL. **Constituição de 1946**...

A Constituição de 1967,[1170] com as mesmas características estruturais do texto anterior, e outorgada pelo regime militar, assentou em seu Capítulo IV título, sob o título “Dos Direitos e Garantias Individuais”, a partir do art. 150, enumera regras contendo direitos e garantias, repetindo os direitos enunciados no texto da Constituição democrática do pós-guerra de 1946, curiosamente, devido às circunstâncias de plena Ditadura militar que o país vivia, foi acrescentando no § 1º não só a regra genérica de que “Todos são iguais perante a lei”, mas acrescentando também “sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”.

O texto de 1967 é permeado pelas questões sociais do momento histórico, marcado por tensões mundiais, como a luta pelos direitos civis nos Estados Unidos, enquanto o Brasil vivia sob uma Ditadura militar. Este período, por vezes, é alvo de interpretações históricas[1171] controversas, algumas delas sugerindo que o golpe de 1964 foi uma reação patriótica contra o comunismo, dentro dos limites da legalidade e legitimidade, e que os quase 25 anos de regime militar não violaram direitos fundamentais. Essas interpretações são consideradas curiosas e infundadas por muitos historiadores e analistas políticos.

No texto de 1967, observamos a manutenção de regras fundamentais, como o princípio da legalidade (§ 2º – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei) e a da anterioridade da lei (§ 3º – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada). Além disso, o § 4º foi preservado, estabelecendo que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Essas disposições refletem a continuidade de princípios jurídicos importantes na ordem constitucional.

O § 11º do texto constitucional de 1967 estabelece princípios relacionados a penas excepcionais. Ele afirma que não haverá pena de morte, prisão perpétua, banimento ou confisco, salvo nos casos de "guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva",[1172] nos termos que a lei determinar. Isso indica uma preocupação em limitar o uso de penas extremas, estabelecendo condições específicas para sua aplicação em contextos excepcionais previstos pela legislação.

[1170] BRASIL. **Constituição de 1967**. Disponível em: https://bit.ly/3OkmzhR. Acesso em: 15 jun. 2023.

[1171] PICOLI, Bruno Antonio; CHITOLINA, Vanessa; GUIMARÃES, Roberta. Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie: a verdade da “Brasil Paralelo”. **Revista UFG**. v. 20. 7 ago. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3HI49ns. Acesso em: 12 jan. 2024.

[1172] PICOLI, Bruno Antonio *et al*. **Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie**...

Demais direitos previstos no texto[1173] sobre a questão da prisão em flagrante (§ 12 – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente), a comunicação de prisão ao Magistrado (§ 12 – A prisão ou detenção de qualquer pessoa será Imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal), a pessoalidade da pena e sua individualização, seria regulada por lei (§ 13 – Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente".[1174]

Foi previsto que a lei regularia a individualização da pena, a vedação à tortura no § 14, que determina a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, a ampla defesa e os recursos necessários, e a vedação de Tribunais de Exceção.

No § 15, determinava que a lei asseguraria aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção e nos demais incisos, § 16 a 21, além do § 34 e 35 §, se dispunha sobre diversos temas, como a instrução criminal ser contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu) no âmbito criminal constam do texto da Emenda.[1175]

A vedação por prisão por dívida[1176] (§ 17 – Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei), a manutenção do Tribunal do Júri[1177] (§ 18 – São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida), a não extradição (§ 19 – Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião,[1178] nem em caso algum, a de brasileiro), a concessão do habeas corpus (§ 20 – Dar-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Nas transgressões disciplinares,[1179] ficou determinado que não caberia *Habeas Corpus*.). Foi previsto o mandado de segurança (§ 21 – Conceder-se-á mandado de

---

[1173] PICOLI, Bruno Antonio *et al*. **Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie**...
[1174] PICOLI, Bruno Antonio *et al*. **Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie**...
[1175] PICOLI, Bruno Antonio *et al*. **Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie**...
[1176] PICOLI, Bruno Antonio *et al*. **Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie**...
[1177] PICOLI, Bruno Antonio *et al*. **Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie**...
[1178] PICOLI, Bruno Antonio *et al*. **Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie**...
[1179] PICOLI, Bruno Antonio *et al*. **Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie**...

segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *Habeas Corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder), o direito de petição (§ 34 – A lei assegurará a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações) e ainda uma cláusula de tecitura aberta prevista no § 35 do art. 150 determinando que "a especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

Por último,[1180] no art. 151 foi aberto o caminho institucional para se proceder à cassação de mandatos parlamentares (Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo "dependerá de licença" da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3º), sob o fundamento da "ordem democrática" e contra "a corrupção" constando que se assegurava a ampla defesa. Neste sentido determinava o texto outorgado:

> **Art. 151** Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos **§§ 8º, 23. 27 e 28 do artigo anterior** e dos direitos políticos, para **atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção**, incorrerá **na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos,** declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou **penal cabível**, assegurada ao paciente **a mais ampla, defesa.** (grifo nosso)

ados mais de meio século desse capítulo nefasto da história política brasileira, percebe-se, à luz de uma compreensão de todo o conjunto histórico, que as medidas pretensamente moralizadoras estavam longe de se preocupar com a moralidade pública ou o patrimônio do erário. Na verdade, buscavam minar ainda mais os 'inimigos do povo".

Sob a pecha de corrupção, eram atacados em grande parte os políticos adversários do regime, e dentre esses estava Juscelino Kubitschek. Após ter o mandato cassado pelo Conselho da junta militar ainda em 1964, passou a responder por mais de 30 Inquéritos Policiais Militares versando sobre as mais diversas acusações, inclusive por corrupção.

O político mineiro, mesmo quando lhe foi permitido retornar ao Brasil do exílio por questões familiares, ainda era intimado para responder a novos Inquéritos assim que desembarcava do avião. Essa perseguição implacável continuou até sua

[1180] PICOLI, Bruno Antonio *et al*. **Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie**...

misteriosa morte em 22 de agosto de 1976, passando por uma "noite escura dos processos, cassação, exílios e prisão". Ao fim desse período, Juscelino Kubitschek passou à história como um dos maiores vultos da vida política brasileira, conforme atesta o testemunho pessoal de Carlos Heitor Cony, amigo e coautor de suas memórias pela Editora Manchete à época.[1181]

Até esse ponto, apesar de toda a enumeração de direitos aparentemente assegurados, já estavam em vigência os atos institucionais e um espírito contrário à atmosfera democrática. Isso fazia com que, em todos os níveis públicos, prevalecesse a cultura da desobediência, contrariando tudo aquilo que a Constituição mencionava proteger. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve o texto do art. 153 assim redigido:

> **Art. 153** A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
> **§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.** (grifo nosso)

A Emenda Constitucional nº 7/77[1182] à Constituição de 1967 determinou, em seu art. 153, que a "Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” .

Contudo, o fictício respeito à Constituição passou a ter uma feição mais concreta, começando pelo dispositivo mais importante de todos, o qual encerrava mesmo que embrionariamente a configuração do Processo Constitucional, pois desde 1946 era assegurado que “§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Contudo, a Emenda trazida inovou o texto constitucional acrescentando condicionamentos para se recorrer ao judiciário ao prever que:

> § 4º “ingresso em juízo **poderá ser condicionado** a que se **exauram previamente** as **vias administrativas**, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido. (grifo nosso)

Ou seja, foram fechadas de forma definitiva as portas dos Tribunais, e caberia agora às autoridades administrativas analisarem, em cada caso, a conveniência e a

---

[1181] CONY, Carlos Heitor. **JK e a ditadura**. Rio de Janeiro: Cosme Velho, 2012.

[1182] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 07/1977**. Disponível em: https://bit.ly/3Of0i4V. Acesso em: 15 jun. 2023.

oportunidade da concessão ao cidadão do direito de ingressar nos Tribunais. Naturalmente, a Jurisdição Constitucional foi afetada mortalmente, pois tirou das mãos do Judiciário totalmente a possibilidade de que as demandas que envolviam violações de direitos até mesmo chegassem para ser apreciadas. Dessa forma, toda a noção de Processo Constitucional, como a que atualmente se construiu, foi sufocada em seu nascedouro no regime militar, mas não foi só isso.

O art. 153 § 5º,[1183] estabeleceu que a liberdade de consciência seria considerada "plena", garantindo aos "crentes" o direito de realizar cultos religiosos, desde que tais práticas não fossem contrárias à ordem pública e aos bons costumes. Essa disposição foi uma resposta à pressão de diversas denominações religiosas, as quais desejavam acessar os cárceres para realizar seus rituais, porém, estavam impedidas de expressar qualquer posição contrária ao regime.

O receio era de que manifestações nesse sentido fossem consideradas violações à "ordem pública" e aos "bons costumes", termos perpetuamente abertos à interpretação semântica e sujeitos a diversas interpretações.

Na hipótese de descumprimento por parte dos religiosos, havia a ameaça de perda de espaços, ainda que mínimos, nas prisões e quartéis. Além disso, eles poderiam ser alvo de processos judiciais, incluindo tanto os indivíduos diretamente envolvidos como seus superiores nas ordens eclesiásticas, tanto locais (diocesanas) quanto religiosas.

Dessa maneira, o regime militar estabeleceu uma estratégia para tentar controlar a influência da religião, que se tornava um desafio significativo para os militares, seja devido à sua penetração social, por um lado, ou à notoriedade de certas figuras, especialmente líderes protestantes e católicos como Dom Paulo Evaristo Arns,[1184] Dom Élder Câmara e, posteriormente, Dom Pedro Casaldáliga.

Prosseguindo, a Emenda 7/77 complementou, estabelecendo em seu "§ 6º[1185] que, “por razões de crença religiosa, convicção filosófica ou política, ninguém poderia ser privado de seus direitos, a menos que invocasse tais motivos para se eximir de uma obrigação legal aplicável a todos.

Nesse caso, a lei teria o poder de determinar "a perda dos direitos incompatíveis com escusa de consciência". Este dispositivo revelou-se crucial em

---

[1183] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 07/1977**...

[1184] ARNS, Evaristo. **Brasil nunca mais**: um relato para a história. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

[1185] ARNS, Evaristo. **Brasil nunca mais**...

circunstâncias específicas para fortalecer o controle social e a doutrinação autoritária nos quartéis, especialmente considerando a entrada anual de jovens de diversas origens sociais e regiões do país nesses ambientes.

Também o § 7º[1186] da referida emenda,[1187] referindo-se ao texto constitucional de 1967, determinou que, mesmo sem ser obrigatória, a prestação de assistência religiosa às forças armadas e auxiliares seria considerada viável. Isso incluía, ainda, a oferta dessa assistência nos estabelecimentos de internação coletiva.

Em tempos de normalidade democrática, tal medida é vista como uma expressão democrática e pluralista saudável à cidadania. No entanto, no contexto do regime de exceção, essa medida estratégica visava cooptar o apoio das instituições religiosas para legitimar o sistema e proporcionar-lhe suporte ideológico.

A livre manifestação do pensamento, especialmente no contexto da manifestação artística, também foi abordada pela Emenda. No "§ 8º" do art. 153, ficou estabelecido que a manifestação de pensamento, convicção política ou filosófica seria considerada "livre", sem a imposição de "censura".

Além disso, a emenda afirmou que a publicação de livros, jornais e periódicos não estaria sujeita à necessidade de licença por parte da autoridade. Entretanto, a mesma emenda destacou que não seriam "toleradas" a "propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe".

A Emenda também antecipava proibições para publicações e expressões que fossem consideradas "contrárias à moral e aos bons costumes", o que amplamente facilitava a censura. Isso abria espaço para a tipificação de atos de opinião e sua subsequente criminalização, prática que se tornou comum a partir de 1964.

Os termos indeterminados presentes no direito tributário, administrativo, militar e constitucional, que ainda persistem, têm a característica de serem flexíveis e suscetíveis a diversas interpretações, possibilitando uma ampla aplicação em diferentes contextos.

A questão da pena de morte[1188] foi reformulada, pois o texto da própria Constituição de dispunha em seu § 11º que não haveria pena de morte, prisão perpétua, de banimento, ou confisco, exceto nos casos de “guerra externa,

---

[1186] ARNS, Evaristo. **Brasil nunca mais**...
[1187] BRASIL. **Emenda Constitucional (07/1977)**...
[1188] BRASIL. **Emenda Constitucional (07/1977)**...

psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar".

A nova redação preservou a proibição da pena de morte, exceto em casos de guerra externa, assim como manteve a vedação à prisão perpétua e ao banimento. No entanto, explicitamente excluiu as motivações ideológicas, como guerra psicológica adversa, revolucionária ou subversiva.

Essa exclusão tinha como objetivo principal apresentar argumentos, especialmente perante a comunidade internacional, que destacassem a normalidade institucional e democrática no país.[1189]

A Constituição outorgado de 1967,[1190] acrescida da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969,[1191] e a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977,[1192] refletiram de forma progressiva a necessidade de o regime militar dar uma aparência de institucionalidade de suas decisões.

Conforme relatado pelo historiador Boris Fausto,[1193] durante o governo de Humberto de Alencar Castelo Branco, foram implementadas diversas alterações no plano institucional. Em janeiro de 1967, encaminhou-se ao Congresso uma nova Constituição, enquanto o legislativo enfrentava um ambiente fragmentado devido a "novas cassações". As portas do Congresso foram fechadas por ordem do executivo por 30 dias em outubro de 1966, sendo posteriormente reconvocado pelo Ato Institucional nº 4 para se reunir de maneira extraordinária, com o objetivo de aprovar o novo texto constitucional.

Este texto "incorporou a legislação que ampliara os poderes conferidos ao Executivo, especialmente em matéria de segurança nacional", mas "não manteve os dispositivos excepcionais que permitiriam novas cassações de mandatos, perda de direitos políticos". A Constituição de 1967, então, tornou-se a legitimação de muitos pontos autoritários do regime militar.

A Constituição de 1967,[1194] mesmo que outorgada originariamente, determinava no art. 151 em seu parágrafo único, que a cassação "dependerá de licença" da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3º).

[1189] BRASIL. **Emenda Constitucional (07/1977)**...
[1190] BRASIL. **Constituição (1967)**...
[1191] BRASIL. **Emenda Constitucional (01/1969)**...
[1192] BRASIL. **Emenda Constitucional (07/1977)**...
[1193] FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2013, p. 405.
[1194] BRASIL. **Constituição (1967)**...

Por sua vez, o texto constitucional de 1977,[1195] emendando a Constituição de 1967, determinava em seu art. 154 que "O abuso de direito individual ou político", com o propósito de "subversão do regime democrático ou de corrupção"; importará "a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos[1196]", a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo "da ação cível ou penal que couber", assegurada ao paciente "ampla defesa", acrescentando em seu parágrafo único que "Quando se tratar de titular de mandato eletivo", o processo "não dependerá de licença da Câmara" a que pertencer".[1197]

Dessa maneira, estabeleceu-se a possibilidade da perpetuação de um paradoxo, uma vez que o texto outorgado expressamente proibia o exílio, a tortura e a pena de morte. No entanto, deixava brechas e estratégias em aberto, permitindo, na prática, a continuidade do exílio, da tortura e da aplicação da pena de morte em larga escala. Somente a partir da promulgação da Lei nº 6.683, em 28 de agosto de 1979, é que essas práticas começaram a ser contidas.[1198]

Esse texto abordava as regras da anistia política, marcando o início do gradual processo de democratização. Essa legislação possibilitou o retorno de muitos cidadãos que haviam sido forçados a viver no exílio. Isso evidencia uma simbolização[1199] clara, embora, em alguns aspectos, paradoxal, com uma ressemantização que ia de encontro aos princípios democráticos. Esse processo envolvia não apenas a Lei de Anistia, mas também a Constituição de 1967 e suas emendas, tanto as de 1969 quanto as de 1977.

Ao ver desta tese, a Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979, que dispõe sobre anistia aos crimes na época da ditadura tanto aos insurgentes quanto aos crimes praticados por militares, é duplamente ilegítima, por ser inconstitucional e inconvencional, um tema não concluído na história política brasileira diante da

---

[1195] BRASIL. **Emenda Constitucional (7/1977)**...

[1196] BRASIL. **Constituição (1967)**...

[1197] BRASIL. **Constituição (1967)**...

[1198] BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Disponível em: https://bit.ly/3SwKqO2. Acesso em : 15 jun. 2023.

[1199] Embora o termo "Constituições simbólicas" tenha se popularizado no âmbito constitucional, em especial a partir da interpretação constitucional a partir das teorias sistêmicas de Niklas Lhumann, especificamente na excelente obra de Marcelo Neves (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007) e refira-se a Constituições democráticas, naquele específico momento histórico o efeito que se desejava era o mesmo, criar um simbolismo em torno de um texto outorgado para se tentar revestir de legitimidade algo intrinsicamente contrário às regras, princípios e valores democráticos.

imprescritibilidade e a internacionalização dos crimes cometidos contra os direitos humanos.[1200] Aqui, o sujeito constitucional rosenfeldeano, está ainda em estado de trauma.

Dispõe ainda o texto que § 13 do art. 150, da Constituição de 1967, que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena" quando sabidamente se perseguiam e torturavam pessoas ligadas a "terroristas".

O art. 150 da Constituição de 1967 estipula que "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário". Além disso, no § 15, é assegurada aos acusados a "ampla defesa, com os recursos a ela inerentes", e é explicitamente declarado que não haverá "fórum privilegiado nem tribunais de exceção".

Determinou-se ainda no § 16 do art. 150, da Constituição de 1967, que "a instrução criminal será contraditória, no § 20 repetiu-se a menção ao "*habeas corpus"* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, excetuando as transgressões disciplinares" e de igual forma manteve-se no § 21 do art. 150, da Constituição de 1967, o "mandato de segurança" para "proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* , seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."

Certamente, todas as garantias previstas eram totalmente ineficazes, uma vez que o acesso irrestrito ao poder judiciário estava condicionado ao contencioso administrativo, exigindo "o prévio exaurimento das vias administrativas". Com essa limitação, as garantias eram progressivamente minadas, pois mesmo atualmente, em 2023, à luz da Constituição de 1988, advogados ainda enfrentam dificuldades em obter acesso integral aos Inquéritos,[1201] pois magistrados muitas vezes relutam em permitir a apuração da legalidade e constitucionalidade das ações de seus clientes.

[1200] BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF defende inaplicabilidade da Lei da Anistia a crimes praticados por agentes públicos durante a ditadura militar**. 9 nov. 2022. Disponível em: https://bit.ly/48Jp6KQ. Acesso em: 15 maio 2023.

[1201] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). **Ministro do STF garante acesso de advogados aos autos dos inquéritos nº 4.781 e 4.879**. 1 dez. 2022. Disponível em: https://bit.ly/429GohG. Acesso em: 15 maio 2023. Acesso da decisão na íntegra Disponível em: https://bit.ly/3u7Rebo. Acesso em: 15 maio 2023.

Outro exemplo disso é situação em que o INSS edita e reedita portarias e o poder público condiciona o acesso ao judiciário ao prévio esgotamento administrativo em matéria previdenciária e assistencial,[1202] e por mais que se queira justificar “dificuldades” administrativas do órgão, é inegável que se até 2023 se exige a prévia via administrativa, mesmo se sabendo que os pleitos daquela determinada natureza são negados massivamente e a esfera administrativa só acarreta atraso no provimento do pedido da parte, continua se decidindo como se a jurisdição judicial inexistisse.[1203]

Essas decisões continuam a refletir uma postura não democrática de certos setores da justiça brasileira, cujas origens remontam à Emenda de 1977, que suprimiu o princípio do acesso irrestrito às Cortes. Muitas vezes, esses eventos não são percebidos como parte de um problema recente, quando, na realidade, a raiz do problema está enraizada em uma cultura jurisdicional não democrática. Essa herança histórica contribui para desafios persistentes relacionados ao acesso à justiça e à garantia de direitos fundamentais.

Os jurisdicionados enfrentam consideráveis obstáculos para obterem informações essenciais no âmbito administrativo, dificultando a promoção da defesa de seus interesses mais básicos. Isso é paradoxal, considerando os avanços proclamados pela "cidadania digital".

Na prática, informações são frequentemente retidas, e, mesmo em plena era da informatização digital, há um claro abismo informacional entre os cidadãos e o

---

[1202] **BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF4. 5039453-70.2021.4.04.7100. Ementa: Previdenciário. Esgotamento da Via Administrativa. Desnecessidade. Carta de Exigências. Cumprimento.** Porto Alegre, 13 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3S60VPw. Acesso em: 15 maio 2023.

[1203] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **TRF4: 5039453-70.2021.4.04.7100.** Ementa Agravo de Instrumento. Previdenciário. Processual Civil. Reconhecimento de Tempo de Serviço. Interesse de Agir. Prévio Requerimento Administrativo. Porto Alegre, 13 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3u2vGwR. Acesso em: 15 maio 2023.” **Ementa: Agravo De Instrumento. Previdenciário. Processual Civil. Reconhecimento De Tempo De Serviço. Interesse De Agir. Prévio Requerimento Administrativo.** 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631.240, em sede de repercussão geral, assentou entendimento no sentido da indispensabilidade do prévio requerimento administrativo como pressuposto para que se possa ingressar com ação judicial para o fim de obter a concessão de benefício previdenciário (Tema 350). 2. Nos casos em que se pretende obter prestação ou vantagem inteiramente nova ao patrimônio jurídico do autor (concessão de benefício, averbação de tempo de serviço e respectiva certidão etc.), como regra**, exige-se a demonstração de que o interessado já levou sua pretensão ao conhecimento da autarquia e não obteve a resposta desejada, sendo que a falta de prévio requerimento administrativo de concessão deve implicar a extinção do processo judicial sem resolução de mérito,** por **ausência de interesse de agir**. (g.n.) (TRF4, AG 5042808-14.2022.4.04.0000, QUINTA TURMA, Relator OSNI CARDOSO FILHO, juntado aos autos em 20/04/2023).

poder público. Esse cenário evidencia desafios significativos no acesso à informação e na transparência dos processos administrativos, o que impacta diretamente na capacidade dos cidadãos de exercerem seus direitos de maneira efetiva.

Observa-se claramente essa questão ao considerar as demandas de aplicativos utilizados em telefones celulares, computadores e outros dispositivos, que são inacessíveis para muitas pessoas, os chamados excluídos digitais. Isso pode ocorrer tanto devido ao custo de aquisição desses dispositivos quanto à falta de conhecimentos digitais básicos.

Além disso, a própria imperfeição de aplicativos, plataformas e outros elementos dificulta o pleno exercício da cidadania. Estes são apenas alguns exemplos atuais que nos permitem imaginar como era há 40 ou 50 anos atrás.

O art. 150, § 32 da Constituição de 1967, determinava que seria concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei. Apesar disso, haver sido determinado em 1967 e a Constituição de 1988 ter delineado a criação das Defensorias Públicas, esta luminosa instituição ainda não foi implantada em todo o território nacional até o ano de 2023, nem no plano estadual nem federal.

A alegação de recursos escassos é frequentemente usada de forma recorrente, apesar do princípio da paridade de armas. Nota-se que os vencimentos dos Promotores e membros do Ministério Público Federal são superiores aos dos Defensores estaduais e federais, evidenciando uma desigualdade manifesta e notável. Essa disparidade não se limita aos salários, mas também abrange as condições materiais de funcionamento das instituições, impactando, assim, o pleno exercício do amplo direito de defesa.

Em 1968, enquanto a Europa estava politicamente agitada e os estudantes transformavam as universidades, alterando o curso da história, no Brasil, pouco mais de quatro anos após o início do regime militar, a violência física respaldada pelos diversos Atos Institucionais, juntamente com a violência simbólica, resultou em um Congresso Nacional subserviente, em que alguns membros já haviam sido cassados.

Um dos parlamentares afetados foi Juscelino Kubitschek,[1204] ex-presidente e, naquele momento, senador cotado para ser o próximo presidente, pois, na época, não havia a possibilidade de reeleição contígua ao mandato anterior. Kubitschek foi

[1204] **JORNAL DO BRASIL**. Rio de Janeiro, 5 jun. 1964, ano LXXIV, nº 131. Disponível em: https://bit.ly/3OgKPRQ. Acesso em: 24 jan. 2024.

covardemente compelido ao exílio político e ao total ostracismo social, devido à decisão do Conselho de Segurança Nacional.

Por maioria de votos, o conselho recomendou ao Presidente Humberto de Alencar Castelo Branco a cassação, termo não técnico, mas que expressava a essência da formalidade em relação ao destino do mandato legislativo, outorgado democraticamente e submetido à força do arbítrio, resultando na "suspensão dos direitos políticos" do senador.

O relato de que o avião no qual sobrevoava Brasília foi impedido de pousar, mesmo com problemas de pouco combustível e risco de queda, foi apenas mais um dos episódios dramáticos na vida daquele grande estadista. Ele retornou ao Brasil em anos posteriores e acabou sendo misteriosamente "acidentado" dias depois de tornar público que um "futuro acidente" estava prestes a ocorrer. Esse caso, assim como o de Zuzu Angel e tantos outros "acidentados", "sumidos" e "suicidados", permanece como parte da trágica narrativa durante a grande noite democrática instaurada em 1964.

O mais assustador para quem hoje observa o passado é constatar, nos relatos da mídia diária contemporânea, que os fantasmas do autoritarismo, que se pensava afastados para sempre da vida nacional, começaram a ressurgir um a um nos últimos anos. Isso se manifesta tanto nos discursos entusiastas em torno da apologia à pena de morte e à tortura, com a glorificação dos torturadores, quanto na essência dos diversos negacionismos científicos, históricos e políticos, permeados por surtos delirantes em um país cuja história política não se coaduna com tiranias de nenhum matiz. Sem dúvida, esse período tem ilustrado uma das páginas mais lastimáveis e deprimentes da história política nacional.

Alguns podem objetar que não seria papel da academia assumir posicionamentos claros, pois isso poderia ser interpretado como proselitismo político partidário. No entanto, a questão não se trata disso. O objetivo é registrar para a história o que as recentes gerações têm sido levadas a compreender de forma distorcida, e outros têm sido levados a esquecer.

Os anos de chumbo trazidos pela Ditadura militar, muitas vezes negada, destruíram a liberdade, afetaram gerações, eliminaram lideranças populares em grande parte e negaram um futuro melhor à Nação. Isso se reflete atualmente na falta de opções políticas preparadas nos quadros partidários.

A amarga experiência da exceção democrática aniquilou os sonhos, fez a nação regredir em seus planos de grandeza, eliminou uma geração de lideranças políticas com uma ferocidade que se imaginava já sepultada e relegada apenas à vergonha histórica.

Infelizmente, esses horrores hoje ressurgem nas brasas de um fogo maldito e se reacendem no presente, envoltos em alianças espúrias com os esculápios do passado, que ainda se insinuam com diabólica sordidez no horizonte desta Pátria, bem como em muitos países do mundo atualmente. Neste contexto, a neutralidade se torna uma infâmia, o silêncio uma heresia e a suposta ingênua omissão um ato imperdoável de pusilanimidade.

O relato, tendo como marco histórico o texto constitucional do pós-guerra, especificamente a Constituição democrática de 1946, inserida no contexto do fortalecimento do constitucionalismo, serve como pano de fundo para toda a tragédia nacional dos últimos anos. Esse período teve início com a supressão do mecanismo de acesso à jurisdição e à jurisdição constitucional, impedindo a operacionalização do sistema de garantias que constitui a essência do Processo Constitucional.

Isso evidencia que não é suficiente apenas enumerar os direitos e sua sacralização; é necessário incorporar efetivamente mecanismos de garantia em uma nova metodologia sistemática, científica e principiológica.

Ada Pellegrini Grinover[1205] atenta para o fato de que a Constituição de 1967 traz diversos dispositivos que caracterizam as garantias processuais. Mas, em relação ao Processo Civil, trouxera apenas um único princípio, o da "inafastabilidade" do controle judiciário", referindo-se ao art. 153, § 4 da Constituição de 1967,[1206] assim redigido:

> **Art. 153** A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes: (...)
> § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Até este ponto, manteve-se a regra do texto de 1946,[1207] mas inseriu esta segunda parte:

[1205] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: J. Bushatsky, 1975, p. 14-15.

[1206] BRASIL. **Constituição de 1967**...

[1207] BRASIL. **Constituição de 1946**...

> O **ingresso em juízo** (g.n.) poderá ser **condicionado** a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

Por sua vez, a restrição é confirmada com a Emenda Constitucional nº 7 de 1977, a qual também determinava em seu art. 153,[1208] no § 4º, na segunda parte, que reiterava a possibilidade do contencioso administrativo, bloqueando o acesso direto ao Judiciário. Então, na realidade, nem isso se tinha desde o texto de 1967, o que somente foi alterado por força da Constituição Cidadã de 1988.

Foi esse texto de 1988 que incrementou as garantias democráticas ao incluir que não só a lesão efetiva de direito deve abrir caminho incontornável ao Judiciário, por força do princípio universal do acesso à justiça, mas também estende a mesma prerrogativa à "ameaça de direito", nos seguintes termos:

> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão **ou ameaça a direito**; (g.n.)

Apesar da sedução do discurso de um direito constitucional instrumental comprometido com escopos metajurídicos e uma jurisdição salvífica à base do mito de uma jurisdição messiânica ou dos diversos tipos de ativismo judicial desde o mais moderado até o mais radical que repousa a garantia da constituição no sentir equilibrado do Magistrado a História Política demonstrou e demonstra a importância de um refinado e complexo sistema de garantias.

Diante das incertezas de uma sociedade que se produz e autorreproduz independentemente da atividade individual de seus integrantes, o risco deste sistema se voltar contra a própria sociedade em formas imprevisíveis leva a temática para a instância desses riscos, que se apresentam como custos ao aceitar viver ou permitir viver num contexto povoado por formas complexas de vida social.

Desta forma o risco desponta como uma categoria à parte diante das consequências que a abertura democrática traz consigo ao permitir criar e ampliar a liberdade. Neste sentido, Raffaele de Giorgi[1209] acentua que a observação do risco

---

[1208] BRASIL. **Constituição de 1967**...

[1209] DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio

possibilita constatar de que forma os sistemas sociais constroem suas estratégias de absorção dessa incerteza em uma interface que torna impossível ao direito juridicizar esses riscos os quais se apresentam então como "*vínculos com o futuro"* como uma estratégia de construção do futuro.

Contudo, por mais paradoxal que possa parecer, no lugar do risco, não se terá a segurança, mas sim outros riscos. Agora, trata-se de uma tentativa de que esses novos riscos sejam o resultado de construções com um mínimo de controle e previsibilidade. Isso porque se torna impossível eliminar o risco diante da complexidade que a convivência dos subsistemas impôs à sociedade complexa e de riscos.

Isso ocorre porque surge uma autêntica interdependência multifacetária, que é a marca desta sociedade complexa, com mútuas implicações que se estendem para todos os lados e em todas as intensidades. Essa dinâmica é algo que nunca havia ocorrido no mundo, a não ser que a globalização iniciada com as grandes navegações a partir do século XIX seja vista dessa forma, embora em grau muito menor se comparada com a atual estrutura social que se expande em forma de redes.

Tudo isso faz com que, quanto mais se tenta fugir da teia, afastar-se do risco, e evitar os riscos, mais riscos são implementados. Esse paradoxo mostra que a eliminação do risco é impossível. Por exemplo, toda a normatização e logística na área de securitização do mundo, que envolve as grandes corporações de seguros, não constrói uma única estratégia sequer que não envolva ao mesmo tempo tecnologia de ponta na área informacional e economia. São mundos reduzidos a uma só dimensão.

No dizer de Raffaele di Giorgi,[1210] "a sociedade contemporânea expandiu a tal ponto as possibilidades de comunicação que pode representar a si mesma como um sistema compreensivo da comunicação social".

Neste sentido, pode-se considerar que o Direito, representado por suas teorias jurídicas, as múltiplas dimensões das exigências democráticas, como representatividade política, distinção das funções dos poderes do Estado, a atividade judicante das Cortes Nacionais e Internacionais, a luta pelo reconhecimento de direitos promovida pelos novos sujeitos de direito no âmbito do

---

Antonio Fabris Editor, 1998, p. 14.

[1210] DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**... p. 121.

pluralismo jurídico, e as complexidades da sociedade envolvendo questões como economia, segurança nacional ou mesmo o gerenciamento de crises humanitárias e ambientais, são todos fatores que, se enfrentados sob uma ótica fragmentária e fragmentada, não terão a menor chance de eficiência e aumentarão os riscos. Isso ocorre porque, ao pensar que se está resolvendo um problema de um lado, não se avaliam os outros diversos problemas que surgirão justamente daquela solução insulada e fragmentada.

Todos os elementos precisam ser articulados na formulação de estratégias para a solução de problemas, sendo suscetíveis apenas de uma abordagem sistêmica, pois os problemas e suas soluções são de ordem sistêmica. Com estas exposições sumárias sobre a Teoria dos Sistemas, a Teoria dos Riscos Sistêmicos procura situar o tema em torno do que se entende por paradigmas sistêmicos.

Indaga-se como compreender uma sociedade complexa como a sociedade pós-moderna em termos de Direito, inserida numa inconclusão do projeto democrático, e como as soluções de natureza técnico-processuais têm se desincumbido de sua missão de eficiência, assegurando direitos fundamentais.

As respostas indicam que as soluções processuais têm se mostrado efêmeras e ilusórias, enquanto os métodos, como caminhos para soluções sistêmicas, também são limitados. Por esses motivos, os principais postulados da Teoria Sistêmica, mesmo que não aprofundados e não aplicados em toda a sua sofisticação e complexidade, podem inspirar o tratamento científico das questões do Direito com mais robustez e eficiência.

Observe-se, por exemplo, a situação clássica de uma ocupação de área urbana. O que tem acontecido há séculos no Brasil é que se parte da intangibilidade do direito de propriedade; os "invasores" estão em área "particular", logo, seria necessário aplicar a lei que protege a propriedade e a posse, fornecida pelo Código Civil de um lado, e, de outro, o Código Penal para penalizar o crime de esbulho possessório, por exemplo.

A Polícia é acionada e às vezes nem isso. Atualmente, as forças policiais têm agido *ex officio*; basta verificarem uma movimentação de certas comunidades e, de imediato, interromperem o ingresso em certas áreas, sem importar se são públicas ou privadas, e mesmo que não haja qualquer provocação para essa defesa de interesses particulares, muitas vezes.

Se houver resistência, ocorre o emprego da violência. Assim sendo, a vida dos que estão nas áreas, não importa se idosos, crianças, animais domésticos, deficientes, desempregados, excluídos, dependentes de substâncias químicas, foragidos da justiça, pessoas em situação de rua, menores abandonados por suas famílias, tudo se resume a uma única categoria jurídica civil-criminal, ou seja, são "invasores", e como tal, o rigor da violência policial é acionado. Pessoas morrem, são feridas, e o pouco do que possuem em seus barracos, incluindo esses mesmos barracos, é derrubado e destruído.

Neste caso, pergunta-se: foi resolvido um problema? Foi eliminado um risco em relação ao Direito? O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação às ocupações de áreas rurais, à atividade dos Sindicatos e à reivindicação de certas categorias por direitos, como foi o caso do Estado do Paraná, onde professores da rede pública de ensino foram agredidos violentamente no conhecido evento chamado de Massacre do Centro Cívico. Mais de 200 professores ficaram feridos, alguns gravemente, por ocasião de manifestações grevistas ocorridas em 29 de abril de 2015 em Curitiba.

Nesse evento, como noticiado na imprensa nacional[1211] e internacional,[1212] à mando do então governador Beto Richa, 1.661 soldados da Polícia Militar do Estado dispararam 2.323 balas de borracha e 1.413 bombas de efeito moral, além do emprego de cães adestrados contra professores e servidores públicos grevistas, dos quais muitos foram feridos no rosto, trazendo até hoje sequelas físicas e psicológicas.

A pergunta é a mesma nos três exemplos - ocupações urbanas, rurais e a postura do poder público diante de reivindicações sociais: os problemas foram resolvidos? A aplicação do direito, ou do que se imaginava ser o direito, eliminou os riscos para aquela sociedade, ou a repressão e a falta de uma alternativa não teriam potencializado ainda mais os riscos?

Como estratégia de aplicação da lei, como a jurisprudência, a doutrina e a lei positiva têm resolvido estas e tantas outras questões? Estas perguntas abrem caminho para elencar alguns estudos de caso que possibilitem desenvolver de forma concreta os conceitos até aqui trabalhados, para demonstrar como uma visão

---

[1211] VASCONCELOS, Frédi. **Governo Richa: educação tratada à bala.** Brasil de Fato. 6 abr. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3SvXYJC. Acesso em: 7 jun. 2023.

[1212] SENRA, Ricardo. Desproporcional seria usar armas letais, diz porta-voz da PM do Paraná. **BBC Brasil**. 30 abr. 2015. Disponível em: https://bbc.in/3S3wIRa. Acesso em: 7 jun. 2023.

sistêmica percebe de forma totalmente diferente essas questões e oferece uma riqueza enorme de alternativas muito mais estratégicas, racionais e essencialmente democráticas, trabalhando os riscos como vínculos com o futuro.

A teoria monista de Hans Kelsen,[1213] em seu aspecto formal, elege o Estado e suas Instituições de Direito como a única fonte formal do direito. Em que pese o pluralismo político de Kelsen, pois assume a democracia como um pressuposto do Estado de Direito,[1214] e seu formalismo monista, isso não justifica as críticas do que leem sua Teoria Pura do Direito, como se esta tivesse sido a única produção científica e intelectual que o renomado produziu.

Isso não condiz com sua obra biográfica e bibliográfica, sendo mais grave ainda as distorções de interpretação quando não de simples incompreensão dos que procuram reduzir seu esforço teórico a um mero formalismo, a ensejar ditaduras e tiranias ao desposar a forma e desprezar o valor.

Kelsen[1215] iniciou sua produção no início do século XX e, na década de 1930, enfrentou uma grande polêmica com Carl Schmitt no sentido de refutar o protagonismo da defesa e guarda da Constituição pelo Chefe do Executivo, defendendo que este seria o dever de uma Corte Constitucional. Ao longo de um período de grande conturbação mundial e pessoal, Kelsen aprimorou suas teorias democráticas sobre o Direito. Nunca teve compromissos com o erro, nem mesmo com os problemas teóricos de sua obra "Teoria Pura".

Contudo, Kelsen deixou claro que conceber um direito desprovido de valores é temerário, pois, se por um lado pode ser considerado formalismo, por outro é assumir a possibilidade de que qualquer sociedade e cultura podem fixar o que acreditam ser “seus valores”. Kelsen apresenta isso como um fenômeno, um fato, totalmente diverso de haver prolatado como uma “doutrina” formalista e antidemocrática. Fechar o sistema jurídico a “outros valores” pode também proteger um sistema contravalores não democráticos que vise minar a própria essência democrática de uma sociedade.

Kelsen foi mal compreendido neste ponto e, inclusive, foi acusado de promover o nazismo, o que foi o suficiente para o preconceito em relação à sua

---

[1213] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[1214] KELSEN, Hans. **A democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

[1215] KELSEN, Hans. **A democracia**...

obra. Isso resultou em muitos caminhos se fechando para ele, impedindo-o de divulgar outros escritos que poderiam esclarecer o seu pensamento, como demonstra Elza Maria Afonso.[1216]

Há quase 100 anos, precisamente em 1929, Carl Schmitt publicou uma obra onde, em última análise, questionava a legitimidade em relação à guarda da Constituição, identificando-o na figura do presidente do Reich alemão. A ideia foi lançada e deflagrou uma grande polêmica, especialmente após a ampliação do texto em 1931, tendo como um dos críticos Hans Kelsen, o qual entendia ser este papel única e exclusivamente do Tribunal Constitucional no âmbito da jurisdição constitucional.

Essas ideias poderiam ficar no plano da polêmica, não fosse pelo fato de que alguns anos mais tarde todas essas questões estariam no âmago da mais terrível e angustiante crise vivenciada pela humanidade, quando da ascensão do regime nazista, que conduziu Adolf Hitler ao poder. Os aspectos pessoais e os desdobramentos das vidas de Carl Schimitt[1217] e Hans Kelsen[1218] não serão objeto de análise apenas bastando a indicação de fontes de consulta sobre o tema.[1219]

Tomar a essência do pensamento de Kelsen baseado única e exclusivamente na obra da Teoria Pura do Direito e ignorar o conjunto do seu pensamento democrático parece ser um erro de perspectiva e uma injustiça histórica, além de desculpar gerações de juristas que não foram capazes de ir adiante na construção de um pensamento mais abrangente de Kelsen no que diz respeito às suas concepções de Justiça, liberdade e democracia.

A retomada constante da discussão sobre a possibilidade da derrocada é um tema de especial atenção quando em pauta o instituto do Processo Constitucional. É preciso distinguir a concepção plural de Hans Kelsen quanto ao seu enfoque político de sua visão unitária e monista quanto ao pluralismo jurídico dentro da estrutura lógico-racional de sua obra que pretendia ser infensa a outras influências que não o direito estatal. Ao ver desta tese, Kelsen teve suas razões para isso, mesmo que

---

[1216] MIRANDA AFONSO, Elza Maria Miranda. **O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984.

[1217] STEFANO, Pietropaoli. **Carl Schmitt**: uma introdução. Tradução: João Paulo Arrosi. Curitiba: Editora da UFPR, 2019.

[1218] KELSEN, Hans. **Autobiografía de Hans Kelsen**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 95.

[1219] KELSEN, Hans. **Autobiografía de Hans Kelsen**...

nem todas tenham sido explicitadas, explícitas e nem mesmo percebidas de forma racional pelo próprio Kelsen.

Aqui se está a referir às relações entre o sujeito constitucional e os regimes totalitaristas que se aparecem de forma reflexa na obra de Kelsen em seus mais conhecidos trabalhos ou ao menos os mais divulgados no Brasil, não são objeto de menção de forma explícita na sua "Teoria Pura do Direito".

O fato de o exército de críticos de Hans Kelsen apontar o dedo acusando-o de haver criado uma obra fria, extremamente racionalizada e possivelmente fechada a emanações democráticas, inclusivas e hermeneuticamente plural, não significa que nisto resida a verdade ou ao menos toda a verdade. Se assim fosse, a obra de Kelsen como um todo não teria sentido, pois consistiria em uma clivagem totalmente incompreensível.

É o próprio Hans Kelsen[1220] que escreve sobre uma adequação formal, expondo a sua concepção monista do direito, mas também sobre a importância da liberdade, democracia, justiça, necessidade de limites da liberdade, perigos da democracia e as manipulações da própria liberdade, da justiça e da democracia em nome da liberdade de escolha, da justiça do povo e da liberdade de decidir.

Como se conceber que a Teoria Pura do Direito seja algo totalmente desligado de obras como A Democracia, A Ilusão da Justiça, A Justiça e Jurisdição Constitucional? Não ocorre uma resposta direta e certeira sobre isso, razão pela qual se deve acentuar que Kelsen tinha uma dupla concepção sobre a realidade jurídico-política. Não bastaria dizer que isso se daria devido à sua perspectiva formal e asséptica do direito e simplesmente isso.

De um lado, percebe-se um enfoque politicamente pluralista e democrático no pensamento de Kelsen, e, de outro, uma construção coesa, sistemática e formal do direito que o mantivesse à salvo do não direito. Entretanto, é importante notar que o "não direito" seria a negação do que hoje se tem por "pluralismo jurídico", uma expressão democrática das ânsias por inclusão democrática do sujeito constitucional, no sentido empregado por Rosenfeld, do termo sujeito constitucional.

Ou mesmo, num viés mais contextualizado ao tempo de Kelsen, isso significaria simplesmente uma ausência de um fio condutor da obra completa de Kelsen? Levanta-se nesta tese a possibilidade de indicar esse liame na medida em

---

[1220] KELSEN, Hans. **A democracia**...

que houve uma articulação das três dimensões para demonstrar isso. De um lado, a concepção formal do direito representada pela teoria formal do direito de autoria de Hans Kelsen; de outro lado, a noção democrática do direito e do Estado de Direito de Kelsen; e de outro, a teoria psicanalítica do sujeito, como mencionado pelo próprio Kelsen.

A hipótese aqui lançada é a de que o formalismo de Kelsen não foi apenas fruto de uma tradição positivista, mas algo além disso. Esse formalismo pode ser entendido como uma barreira criada para proteger a própria sociedade das manipulações ideológicas e políticas que ameaçam a democracia. Em parte, esse aspecto foi enfrentado no debate sobre quem deveria ter a palavra final sobre a proteção da Constituição: a autoridade suprema do Executivo, como pretendido por Carl Schmitt, ou a jurisdição constitucional de uma Suprema Corte, como defendido por Hans Kelsen.

Na análise da norma fundamental, Kelsen a aborda em dois momentos distintos e sob enfoques diferentes. Na Teoria Pura do Direito, amplamente conhecida pela comunidade jurídica, Kelsen sustenta que a norma fundamental é uma norma que está acima da própria Constituição. Contudo, ele não vai além dessa evidência lógica, reconhecendo que a norma fundamental não precisa de um fundamento jurídico, pois isso resultaria em um jogo de espelhos em uma referência eterna que não explicaria nada.

Em um segundo momento, na obra *A Democracia*, Kelsen retoma esse ponto para aproximar sua ideia do que seja a norma fundamental à teoria psicanalítica de Sigmund Freud. Ambos os autores foram perseguidos pelo regime nazista e desenvolveram estudos voltados para a contenção dos totalitarismos. A conexão de Kelsen com os textos de Freud parece ter sido uma escolha fundamentada para posicionar de maneira precisa seu entendimento sobre o Direito e a Lei.

Um esclarecimento conceitual é de fundamental importância no que toca ao monismo de Kelsen. Embora essa dimensão de sua obra não seja ignorada, ela não deve ser interpretada da forma como muitos, de maneira irrefletida, repetem a ideia de que a obra de Kelsen é a culpada pelo formalismo, pela ausência de democracia, pela falta de justiça e pelo fechamento total a uma perspectiva democrática e constitucional alternativa. O pluralismo jurídico reconhece a existência de múltiplas

fontes e formas de normatividade dentro de uma mesma sociedade, além do sistema jurídico estatal tradicional.

A noção de pluralismo implica na negação de que haveria uma única origem de onde provém o direito, seja esta uma fonte que emana do Estado ou da própria Constituição. Pelo contrário, o pluralismo jurídico admite uma multiplicidade de fontes, sendo um nível mais simples de pluralismo intensificado pela ideia de que tais fontes, tal variedade normativa, também interage e coexiste entre si.

Para tanto, admite-se uma diversidade de ordem cultural, religiosa, jurídica ou outras manifestações que se exteriorizam em uma vasta pluralidade de valores no âmbito de uma única sociedade, excedendo em tudo o pressuposto formal de uma única fonte estatal reduzida à lei.

De outro lado, sob a ótica procedimentalista, numa concepção também plural, destaca-se a noção de processo constitucional substantivo desenvolvido a partir dos fundamentos teóricos, retificações e críticas expostas ao longo dos capítulos anteriores. Esse enfoque envolve os procedimentos atrelados ao contraditório, reforçando o conceito de processo constitucional, princípios e regras, considerando-os como espécies de normas jurídicas.

O processo constitucional substantivo expressa a sua pluralidade como elemento inovador das formas tradicionais da interpretação e aplicação da Constituição, ao assegurar que esse enfoque pluralista promova a proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Isso contrasta com a adoção de uma abordagem estritamente positivista, limitada à literalidade textual da Constituição e mesmo às decisões dos Tribunais. A função do processo constitucional substantivo é incorporar valores e princípios fundamentais ao longo de todo o percurso hermenêutico do processo decisório.

Desponta aqui a natureza substancial do processo constitucional, indicando em seu teor o conteúdo dos próprios direitos e sua interpretação em conjunto com a aplicação prática, acentuando a natureza dialogal da democracia. Essa incorporação se dá duplamente, tanto enquanto processo decisório representativo, quanto enquanto valor que fundamenta um regime político avesso a qualquer forma de totalitarismo, independentemente do matiz ideológico. Isso assegura uma interpretação mais ampla e contextualizada da Constituição.

Com essa abordagem procedimental e valorativa do processo constitucional substantivo, o pluralismo jurídico adquire uma estrutura processual que permite

reconhecer que a sociedade, multifacetada por grupos e comunidades, é dotada de seus próprios sistemas normativos, tradições culturais, crenças religiosas e costumes locais. Além disso, considera as especificidades de situações como o constitucionalismo andino, que contempla a necessidade de defesa dos sistemas jurídicos indígenas, e aborda as questões de minorias étnicas ou religiosas, como no Oriente Médio, por exemplo.

As fontes pluralistas, das quais emanam as tradições jurídicas indígenas, consuetudinárias, religiosas, comunitárias e outras formas de normatividade, não excluem o sistema legal formal e oficial produzido pelo Estado por meio da lei; ao contrário, também passam a produzir normas jurídicas dotadas de validade e com a previsibilidade de aplicação em situações específicas. Isso visa sempre a inclusão social, salvaguardando os aspectos particulares e especiais de cada grupo ou tradição.

No entanto, é importante ressaltar que, em alguns casos, certos aspectos dessas tradições podem contrariar a consciência jurídica e moral internacional. Nesses casos, é necessária uma adequação específica, como no exemplo do infanticídio, que contrapõe o universalismo que não aceita a morte de crianças inocentes de um lado e os costumes tribais do outro, que não aceitam que crianças gêmeas ou portadoras de deficiências físicas ou mentais sejam respeitadas em suas existências.

A relação entre pluralismo jurídico e processo constitucional substantivo se estabelece no exato ponto em que o pluralismo jurídico reconhece a diversidade de fontes normativas presentes em uma sociedade. Esse reconhecimento demanda um instituto, como o processo constitucional substantivo, capaz de consagrar e efetivar esses direitos na ordem jurídica formal e informal.

Dessa maneira, leva-se em consideração o elemento da diversidade ao interpretar e aplicar os direitos por meio de institutos próprios do Processo Constitucional. Esses institutos podem ser instrumentalizados através de ações constitucionais, como ação popular, mandado de segurança, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, entre outras. No entanto, é importante destacar que essa abordagem não reduz a riqueza dessa construção à simples noção de Processo Constitucional, uma vez que este é muito mais abrangente.

Sob o enfoque do pluralismo, o processo constitucional substantivo implica em interações sistêmicas e intrassistêmicas entre os diversos sistemas normativos.

Isso requer uma leitura hermenêutica mais sofisticada que, ao mesmo tempo que harmoniza as normas independentemente de sua fonte jurídica, garante e assegura a proteção dos direitos. Essa abordagem é especialmente relevante em ordenamentos jurídicos de sociedades formadas por grupos minoritários em comunidades com tradições jurídicas diversas dos sistemas legais imperantes.

Exemplo disso foi a instituição generalizada no Brasil de Varas Agrárias para apreciar os conflitos agrários. Essa medida foi adotada a partir das deliberações do sistema interamericano de Direitos Humanos, especificamente das recomendações ao Estado brasileiro durante a análise pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, quando examinou o caso Corumbiara 11.566 por ocasião de sua admissibilidade[1221] e, posteriormente, na apreciação final de mérito,[1222] temas tratados mais à frente.

Dentro da mesma linha de raciocínio, incluem-se as chamadas "demandas estruturais", as quais não serão suscetíveis de pleno êxito senão a partir da incorporação de uma nova cultura e de uma nova tecnologia decisória. Essa incorporação implica na conjugação dos mesmos elementos discutidos aqui, ou seja, o pluralismo jurídico incorporado à noção de processo constitucional substantivo, à luz dos valores do sujeito constitucional.

O processo constitucional substantivo deve pressupor a coexistência das diferentes normatividades, formais e informais, o que é próprio de uma sociedade que precisa ser reconhecida como plural. Isso ocorre tanto como expressão individual do sujeito constitucional quanto como expressão coletiva do sujeito constitucional, sendo uma condição essencial para a efetiva proteção dos direitos e a realização da justiça, proporcionando a todos os componentes de uma comunidade jurídica direitos iguais, uma vez que todos são iguais em dignidade e reconhecem mutuamente essa igualdade.

A interpretação conjunta dos elementos do pluralismo jurídico, do processo constitucional substantivo à luz dos valores do sujeito constitucional resulta em uma mudança paradigmática não apenas quanto aos valores, mas também quanto à

[1221] COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Caso Corumbiara × Brasil nº 11.556**. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3SunX3R. Acesso em: 15 jun. 2023.

[1222] COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Caso Corumbiara × Brasil nº 11.556**. 2004. Disponível em: https://bit.ly/3vNqVrv. Acesso em: 15 jun. 2023.

forma decisória do ponto de vista técnico-jurídico na percepção e aplicação do direito.

Ao reconhecer a pluralidade de ordens jurídicas existentes, é possível buscar soluções jurídicas mais justas e inclusivas do que a técnica jurídica conseguiu efetivar até o momento. Isso é evidenciado pelas injustiças e tragédias decorrentes de situações que envolvem conflitos massivos, como as reivindicações de sem-teto, sem-terra, demandas de massa ou questões relacionadas aos direitos da natureza, dos povos ribeirinhos e dos indígenas.

A diversidade de valores e vivências deve ser reconhecida constitucionalmente, considerando as perspectivas daqueles que serão afetados pelas decisões de poder e as consequências das demandas judiciais. Devem ser levadas em conta as implicações sociais e políticas das decisões judiciais, especialmente sob o ponto de vista dos mais frágeis, fracos e vulneráveis na cadeia de acontecimentos econômicos, políticos e sociais.

Nesse contexto, não se pode esquecer das dimensões socioambientais, especialmente quando este é um dos elementos em questão, como nas demandas que envolvem as populações ribeirinhas no caso das construções de barragens, ou dos povos indígenas, quando se pretende liberar suas áreas para desenvolver atividades de garimpo, prejudiciais ao meio ambiente.

A abordagem substantiva eleva a dimensão do processo constitucional a um patamar mais alto ao implicar na pressuposição da efetivação da justiça material em se tratando de direitos fundamentais consagrados na Constituição. Os tribunais precisam manter em sua atividade jurisdicional uma dimensão constantemente acima da mera possibilidade da declaração formal de direitos, indo diretamente ao ponto de aplicá-los e efetivá-los substancialmente.

Tal proteção e efetivação substancial de direitos, assegurada pelos tribunais em todas as suas dimensões, deve estar igualmente atrelada à noção aqui desenvolvida de sujeito constitucional, a qual tem o condão de emprestar às teorias do pluralismo jurídico o pleno reconhecimento da diversidade de vozes e perspectivas na sociedade.

Parte também do pressuposto do reconhecimento intrínseco de diferentes sistemas normativos presentes, o que, somado à abordagem pluralista imbricada a uma plena compreensão do processo constitucional substantivo, dota o intérprete e

aplicador da norma de amplas condições que assegurem um constitucionalismo pluralista.

No que diz respeito à concepção pluralista de Rosenfeld, é útil a observação de Neil Walker,[1223] conhecedor do direito constitucional norte-americano, para quem Rosenfeld em sua teoria não parte da premissa de que haveria muitas situações, direitos ou condições que eventualmente poderiam ser concebidas em termos pluralistas e que às vezes também poderiam incluir a concepção de Constituições e valores, instituições, ou grupos sociais, refletindo pluralismo, pois Rosenfeld.

Em verdade, afirma Walker,[1224] o pluralismo de Rosenfeld é intrínseco ao constitucionalismo sendo, por isso, geneticamente constitutivo do seu conceito. Seria o seu "próprio DNA", por isso, pode ser considerado como um constitucionalista plural muito mais do que um pluralista constitucional. Isso ajudaria a distinguir outras tendências dentro daquela escola constitucional, o que justifica também a opção desta tese pela adoção de tal marco teórico.

Aplicar uma Constituição que prevê vários valores dispersos na sociedade não é a mesma coisa que levar em consideração que a multiplicidade de valores e interesses é condição indispensável à existência do próprio pacto constitucional. A teoria do Sujeito Constitucional se relaciona ao pluralismo jurídico e ao processo constitucional substantivo, dada a relevância dos sujeitos individuais e coletivos cuja essencialidade se revela plenamente nas diversas formas de pluralismo jurídico ao interpretar e aplicar o texto constitucional.

Não se trata de tomar a Constituição como um arbitrário fator de imposição, pois esta é o fruto histórico das experiências, perspectivas e anseios dos sujeitos que constituem a própria Constituição. Isso não exclui a dimensão dos órgãos estatais ou da parte mais prevalente da sociedade civil com as suas regalias e conquistas históricas.

No entanto, implica em reconhecer os que estão excluídos dessa concepção como grupos minoritários e movimentos sociais que, embora possam estar genericamente elencados como destinatários dos novos direitos, efetivamente não encontram uma ambientação técnico-jurídica para que isso ocorra, o que a noção de processo constitucional substancial procura reparar.

[1223] WALKER, Neil. Rosenfeld's plural Constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, ed. 3, jul. 2010, p. 677-684. Disponível em: https://bit.ly/4b96ZPQ. Acesso em: 15 jun. 2023.

[1224] WALKER, Neil. **Rosenfeld's plural Constitutionalism**… p. 677-684.

Considere-se também outras entidades, dimensões e subjetividades, incluindo aquelas relacionadas ao socioambientalismo, como os povos indígenas, marcadores socioambientais de regiões inteiras e não apenas enquanto membros da sociedade civil. Isso abrange o conjunto de fauna e flora, as especificidades de vidas frágeis, mas indispensáveis ao equilíbrio ecológico, e muitos outros grupos de variados matizes.

A concepção ampla de sujeitos constitucionais harmoniza-se totalmente com a noção de pluralismo jurídico, que, ao pressupor a coexistência e interação mútua intrassistêmica de múltiplas normatividades e a diversidade de atores jurídicos individuais e coletivos, assegura uma compreensão de uma cidadania participativa, inclusiva e sistemicamente diferenciada na interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Isso é operacionalizado pela instrumentalização plena do Direito Constitucional via Processo Constitucional Substantivo.

A teoria do sujeito constitucional desenvolvida por Michel Rosenfeld reconhece a relação intrínseca do pluralismo jurídico com o processo constitucional substantivo ao propugnar uma construção coletiva da Constituição. O sujeito constitucional ao qual Rosenfeld[1225] se refere não é apenas o Estado e as instituições governamentais com seus multifacetados organismos, mas também os cidadãos e grupos sociais que participam ativamente no processo de criação, interpretação e implementação da Constituição.

Isso está alinhado com a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, conforme proposto por Häberle, ou uma sociedade cooperativa, como enfatizado por Marcos Augusto Maliska. Essa abordagem é caracterizada por sua natureza pluralista e inclusiva, considerando a justa expectativa do corpo social em sua pluralidade e buscando um tratamento que leve em conta a diversidade de perspectivas e interesses multifacetados.

A proposta de articular, de um lado, a dimensão do Processo Constitucional Substantivo, com as depurações conceituais e adaptações históricas e sociais, como operacionalizado nos capítulos antecedentes, busca expor a forma como as normas e princípios constitucionais podem ser considerados numa interpretação substancialista do processo. Isso visa a proteção dos direitos fundamentais e a

[1225] ROSENFELD, Michel. The Pluralist Dilemma in Constitutional Design. **Cornell Law Review**, v. 94, n. 5, 2009, p. 1079-1140.

concretização dos valores constitucionais em uma dimensão de pluralismo constitucional, diferenciando-se de uma perspectiva que considere apenas o processo constitucional em uma abordagem meramente formalista.

Foi afirmado que o exercício hermenêutico que integre as noções de processo substancial e pluralismo jurídico exige uma visão mais ampla, inclusiva, sofisticada e tecnologicamente mais avançada do que as leituras mais tradicionais dos direitos, baseadas na subsunção norma-fato.

Tal exigência se justifica diante do reconhecimento da necessidade da inclusão de outros elementos que, originariamente, não estariam presentes nas decisões judiciais.

Esta tese estabelece duas categorias plurijurídicas estruturantes. Primeiramente, é importante esclarecer que a terminologia "demandas estruturantes" e "litígios estruturantes" possui conotações diferentes. No entendimento aqui adotado, apesar de ambas as noções envolverem a ideia de estruturação, um litígio pressupõe a existência de ações judiciais em curso, com partes definidas e procedimentos legais já acionados.

Por sua vez, a demanda necessariamente não implica na mesma situação, pois pode ser entendida como uma pretensão que não precisa necessariamente estar em juízo, mas depende do aparato estatal para se efetivar. Essa demanda pode existir no plano administrativo e ser desenvolvida através de órgãos e entidades diversas.

Um exemplo seria uma comunidade assentada que solicita a instalação de água, luz e asfalto numa localidade para abrigar os moradores, independentemente de haver ou não litígio em tal área. Mesmo que haja uma disputa iminente ou já em curso, essa demanda não se relaciona diretamente com tal litígio do ponto de vista jurídico formal.

Assim, litígios estruturantes e demandas estruturantes não podem ser tomados nem como sinônimos, nem como conceitos contraditórios; eles tratam apenas de situações e contextos diversos. Contudo, se uma demanda estruturante, por exemplo, a reivindicação de instalação de água e luz em uma área de ocupação urbana, for interpretada no sentido de litígio, todas as medidas para tentar compor uma situação amistosa que vise alguma forma de conciliação de interesses e resolução da demanda são consideradas como atos hostis, inviabilizando a própria

finalidade e política judiciária da noção de estruturação nas demandas. Daí a necessidade da distinção neste contexto técnico-processual.

Estabelecido este esclarecimento conceitual, defende-se a ideia de que aqui despontam duas situações ou categorias: as microexpressões do Processo Constitucional Pluralista e as macroexpressões do Processo Constitucional Pluralista, cujos conceitos a seguir serão explicitados.

5.2 MICROEXPRESSÕES E MACROEXPRESSÕES DO PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVO PLURALISTA

Como visto, os capítulos anteriores analisaram o tema do Pluralismo do Sujeito Constitucional como vetor interpretativo do Processo Constitucional Substantivo. A conclusão do trabalho desenvolve o cerne de toda a tese, analisando o Processo Constitucional Substancial e o Estado Democrático de Direito como elementos essenciais a um Pluralismo Jurídico constitucionalmente adequado para promover mudanças paradigmáticas.

Também são abordadas as microexpressões e macroexpressões do Processo Constitucional Substantivo Pluralista, assim como as cegueiras, iluminações e os riscos sistêmicos para a Democracia numa sociedade em redes.

Com os instrumentos conceituais desenvolvidos ao longo do presente estudo, é possível analisar as expressões concretas do Processo Constitucional Pluralista, seja no plano do constitucionalismo latino-americano como uma macroexpressão do processo constitucional substantivo pluralista, seja estudando os Processos ou Litígios Estruturantes como microexpressões do processo constitucional substantivo pluralista.

Dentre as microexpressões do Processo Constitucional Pluralista, pode-se analisar casos julgados em primeira instância que são conduzidos no sentido de evitar que o juiz sentencie a partir das posturas de conflito de ambas as partes. Além disso, busca-se que o juiz não veja a demanda sob um viés interpessoal, intersubjetivo e isolado de outras possíveis soluções.

Destaque-se a situação das ocupações de áreas urbanas no âmbito de um município, o que se ilustra com a análise de um caso do assentamento Andorinhas ocorrido na cidade de Ponta Grossa, no Paraná, a seguir detalhado. Estas não são as únicas formas; há outras que poderiam ser analisadas na mesma lógica e com a mesma racionalidade.

O caso em comento refere-se a uma série de ações ajuizadas envolvendo a ocupação de áreas urbanas por centenas de famílias no Município de Ponta Grossa (PR). Quanto aos fatos,[1226] estes se resumem ao seguinte:

> **(NOMES DAS PARTES ENVOLVIDAS)**, já qualificados nos autos, ajuizaram as presentes **Ações Mandamentais c/c Indenização por Danos Morais** em face do **Município de Ponta Grossa/PR** e da **Companhia Paranaense de Energia – COPEL**, nos autos nº 0011084-51.2022.8.16.0019 e da **Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR**, nos autos nº 0011086-21.2022.8.16.0019, todos já qualificados nos respectivos autos, alegando que são residentes e domiciliados na área de ocupação nomeada "Parque das Andorinhas", e que atualmente, por tratar-se de área de ocupação irregular, estão sem fornecimento de energia elétrica e abastecimento de água e de esgoto e possuem apenas uma única torneira de uso coletivo e de uma vertente de água localizada nas proximidades para suprir as demais necessidades, pois não contam com banheiros no local. A área em questão está sob **discussão judicial na ação de reintegração de posse (autos n°0032534-84.2021.8.16.0019, em tramite neste juízo**), (g.n.) razão pela qual levou o Município de Ponta Grossa a omitir- se da autorização para fornecimento dos serviços requeridos. Os autores protocolaram pedido administrativo em 30.03.2022, para o fornecimento de energia elétrica sob o protocolo nº 15465/2022 e abastecimento de água e esgoto sob o protocolo nº 15465/2022, em 08.04.2022 os pedidos foram indeferidos. Requereram a antecipação dos efeitos da tutela, para que seja determinado o fornecimento dos serviços de energia elétrica e água, e, ao final, a procedência dos pedidos. Juntaram documentos. (grifo nosso)

No bojo dos autos 0011086-21.2022.8.16.0019,[1227] decidiu a Magistrada:

> Fato é que, a pandemia da COVID-19 intensificou a crise habitacional que o país vem enfrentando há muitos anos. Por tal motivo, entendo que tais questões devem ser analisadas por outra ótica, buscando objetivar soluções que possam auxiliar na resolução efetiva dos problemas sociais e não apenas distribuir decisões e determinações que muitas vezes não são cumpridas pelas partes e não atendem aos interesses sociais de grande parte da sociedade. Deste modo, seja pela natureza das pretensões, seja pela magnitude da transformação visada e de seu direcionamento para o futuro em caráter prospectivo, não meramente repressivo; e, ainda, pela multipolaridade que cerca a causa, tem-se um litígio essencialmente coletivo, de natureza estrutural.

No tocante à doutrina, integrou a referida decisão com trechos sobre o tema, *in verbis:*

> E sobre Processos Estruturais, ensina Edilson Vitorelli (*in Processo Civil Estrutural – Teoria e Prática. 3ª ed. São Paulo : Editora Juspodivm, 2022. p. 69)* que: O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura,

---

[1226] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Ações mandamentais c/c indenização por danos morais nº 0011086-21.2022.8.16.0019**. 1ª Vara da Fazenda Pública de Ponta Grossa. Julgado em 20 jun. 2022. Disponível em: https://bit.ly/48GNbBQ. Acesso em: 23 jun. 2023.

[1227] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Ações mandamentais c/c indenização por danos morais nº 0011086-21.2022.8.16.0019**...

pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente o percurso do processo estrutural tem como fases de desenvolvimento:
1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflitualidade, permitindo que os diferentes grupos de interesse sejam ouvidos, em respeito ao caráter policêntrico do litígio;
2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em um documento ou a partir de diversos acordos ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar de maneira reputada indesejável;
3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado;
4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura;
5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos, ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e,
6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social que se afigure apropriado, dadas as circunstâncias do conflito, a partir da reorganização da estrutura.

No tocante à parte essencial da decisão fez constar o seguinte:

Extrai-se dos ensinamentos que o litígio estrutural é altamente complexo na sua condução e na operacionalização das decisões, especialmente para cumprimento e implementação de políticas públicas.
Inicialmente, não se afastam as possibilidades tradicionais de defesa a serem realizadas pelos advogados e procuradores. Entretanto, em um litígio estrutural há um núcleo de vários litígios entre as partes envolvidas e não é suficiente, em termos processuais, a aplicação da divisão tradicional entre parte autora e parte ré, como estabelecida num conflito adversarial e bipolar.
Por outro lado, é insuficiente para os litígios que envolvem a presente demanda a utilização da lógica processual tradicional e clássica de mecanismos de solução de conflito adversarial (um lado luta contra o outro para vencer), em que cada parte requer a defesa dos seus direitos e de seus interesses. Os litígios e os conflitos ora submetidos a este juízo transcendem as formas até aqui descritas e classificadas corriqueiramente como litígio bipolar, ou seja, uma parte contra a outra.
O papel do Poder Judiciário se modifica com as transformações sociais, políticas e econômicas e há uma reordenação da teoria da separação dos poderes, em que a função judiciária não deve ser mais vista apenas como corretiva, tendo também uma função de efetivar direitos constitucionais.
Os novos rumos e tendências do processo civil moderno, com vários exemplos no Código de Processo Civil de 2015, oferecem ferramentas flexíveis e adaptáveis ao procedimento a serem empregadas, por meio de um procedimento específico, que atenda os litígios policêntrico e multifocais como o presente. Assim, as defesas técnicas ou burocráticas não são suficientes nem mesmo para compreender o litígio tampouco para delimitar o campo de abrangência.
É certo que é possível findar um processo judicial com as técnicas de conflitos tradicionais, mas é correto dizer que estas soluções não resolvem a lide sociológica e não encerram os conflitos, quando não potencializam os litígios e descredibilizam o sistema de justiça, num primeiro momento, e os demais Poderes, num segundo momento.
Dispõe o artigo 6º do Código de Processo Civil que:
Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

> Logo, em litígios desta espécie, deve ser observado o dever de cooperação entre todos os sujeitos. Cada parte deverá cooperar entre si e com o juízo para a solução do litígio de forma efetiva e resolutiva. Sem isto, há risco de que o processo se eternize e a solução não seja alcançada.
> O caso em análise aponta para alegações de violação de deveres por pessoas privadas (ocupações alegadamente irregulares) e públicas (obrigações constitucionais e legais que não estariam sendo observadas).
> Neste contexto, as funções dos juízes na condução dos processos judiciais estruturais são de articulação, de organização e de gestão dos conflitos e dos procedimentos, no intento de promover e de incentivar o bom andamento dos serviços e das políticas públicas, em benefício do bem comum, além da proatividade e da postura resolutiva. E das partes e dos interessados, bem como de toda a comunidade, por meio da ampla participação e contraditório dos atores públicos e privados, almeja-se atitudes igualmente resolutivas e colaborativas, pois a solução de problema de tal magnitude necessita da participação de todos os envolvidos.
> Além disso, para a solução do problema estrutural é preciso adaptar e flexibilizar as regras e normas processuais para a melhor prestação jurisdicional. Uma das características do processo estrutural é a espiral de decisões, grande parte delas tomadas de forma consensual entre as partes e envolvidos no litígio; e a constante e vigilante transformação do litígio, que implica em reformulações do cenário posto e debatido no processo judicial, a demandar adaptações no curso do procedimento.
> Quando se fala em judicialização de política pública e de busca da conformidade estrutural, pouco provável que a decisão judicial seja tão efetiva quanto a solução construída coletivamente pelos envolvidos, respeitadas as demais políticas públicas, decisões do executivo e do legislativo, bem como as restrições orçamentárias. Todos os aspectos precisam ser analisados e avaliados para a tomada de decisões.
> O tema da legitimidade nos processos estruturais exige uma releitura da teoria processual tradicional para a ressignificação dos conceitos e dos institutos, de modo que as ferramentas processuais possam ser adaptadas e flexibilizadas para atender os litígios estruturais complexos.
> Diante de todo o exposto, entendo cabível o enquadramento dos presentes autos como Processo Estrutural.
> III – Para que as demandas sigam como processo estrutural é necessário o afastamento da figura do Juiz e do Promotor de Justiça, a fim de se garantir, em caso de não realização de acordo ou da não construção de consenso para resolução do conflito, a imparcialidade em eventual prosseguimento do processo para análise, julgamento e prolação de sentença.

De todo o exposto, extrai-se que foram reconhecidas condições para converter um procedimento que classicamente só teria dois desfechos possíveis, ou vitória total ou derrota total. Isso porque posições intermediárias, como parcialmente procedente ou improcedente, não se adequariam a esta modalidade de conflitos, historicamente sendo este o destino destas demandas por áreas urbanas, rurais e tantas outras. O procedimento foi se desenvolvendo, e ao final houve a assinatura do Termo de Consenso, o qual foi homologado, e as tratativas continuam..

No âmbito dos autos 0032534-84.2021.8.16.0019,[1228] houve uma composição reunindo os diversos processos, e ao invés de uma Sentença de Procedência ou Improcedência da ação possessória e demais, ajustaram as partes, dentre outras avenças, a execução de um projeto urbanístico elaborado com o auxílio do Departamento de Geografia da Universidade Estadual de Ponta Grossa, podendo ser auxiliado pelo Departamento de Engenharia da mesma Instituição, havendo aspectos topográficos, urbanísticos e outros.

Após, haveria a execução do Projeto de Divisão dos lotes entre as famílias cadastradas em um trabalho conjunto da Universidade de Ponta Grossa e do respectivo Departamento de Urbanismo da Prefeitura de Ponta Grossa. Formado este grupo de trabalho com professores, engenheiros e as mediadoras nomeadas pelo juízo.

Além disso, foram vinculadas a SANEPAR e a COPEL,[1229] empresas de água e luz do estado do Paraná. Em relação às construções em alvenaria e demais alterações de demarcações de lotes nos limites da ocupação, não seria reconhecida a posse provisoriamente nem detenção, considerando as normativas que não implicam em consolidação de posse ou propriedade, ou detenção de qualquer terreno na área da ocupação.

Deveria ser observado o Projeto em andamento, a análise socioeconômica das famílias, observando os critérios pessoais de necessidade e participação. Além disso, reconheceu-se as próprias normas estabelecidas pela Associação de Moradores para a participação do Projeto.

O êxito da conciliação foi comunicado à comunidade,[1230] em 14 de abril de 2013, pela 1ª Vara da Fazenda Pública de Ponta Grossa, destacando os principais avanços nos seguintes termos:

> Este comunicado tem como finalidade publicizar e informar sobre a experiência colaborativa e dialógica entre a 1ª Vara da Fazenda Pública, a Universidade Estadual de Ponta Grossa, a Prefeitura de Ponta Grossa, a Companhia de Saneamento do Paraná/SANEPAR, a Companhia Paranaense de Energia/COPEL, a Superintendência Geral de Diálogo e Interação Social/SUDIS, a Frente Nacional de Luta Campo e Cidade/FNL e

---

[1228] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Ações mandamentais c/c indenização por danos morais nº 0011086-21.2022.8.16.0019**...

[1229] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Ações mandamentais c/c indenização por danos morais nº 0011086-21.2022.8.16.0019**...

[1230] **A REDE. Justiça de Ponta Grossa tem decisão sobre ocupação do Andorinhas. 18 abr. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3tXpMgz. Acesso em: 15 jun. 2023.**

> os moradores da Ocupação Andorinhas, na gestão do problema estrutural materializado em ações de Reintegração de Posse, de Interdito Proibitório e de Obrigações de Fazer, cujas partes são os ocupantes, a FNL, o Município, a Copel e a Sanepar. A ocupação coletiva no Loteamento Andorinhas, decorrente da busca pela implementação do direito social à moradia, apresentou desconformidades estruturais complexas e que desafiaram a prática jurisdicional tradicional, o que ensejou neste Processo Estrutural, com a finalidade de construir - por meio de ações dialógicas, colaborativas e inclusivas - soluções para o problema social de acesso à moradia e de regularização fundiária. Pretendemos, com este comunicado, dar transparência às ações práticas executadas no Processo Estrutural, ao descrever as atividades realizadas e os consensos pactuados.
> Em dezembro de 2021, o Loteamento Andorinhas, imóvel classificado como Zona Especial de Interesse Social/ZEIS, pertencente ao Município de Ponta Grossa, foi ocupado por um grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade social, o que implicou no ajuizamento das ações já mencionadas. Em razão de pedido das partes, os autos foram encaminhados ao Cejusc Fundiário do Tribunal de Justiça do Paraná/TJPR, que, em sede de conciliação, determinou o "congelamento" da ocupação, momento em que foi apresentado um projeto elaborado por professores da Universidade Estadual de Ponta Grossa/UEPG, para a construção coletiva e sustentável de uma solução para regularização da ocupação e do aspecto fundiário daquele território. Para auxiliar a comunidade no desenvolvimento social, econômico e ambiental, o "Plano de Desenvolvimento Comunitário" idealizado pelos professores Edson Armando Silva e Joel Larocca e por voluntários da UEPG, foi apresentado em audiência de conciliação designada pela Juíza Titular da 1ª Vara da Fazenda Pública, Jurema Carolina da Silveira Gomes. Nessa mesma audiência foi explicado para as partes sobre processo estrutural e sobre a Justiça Restaurativa, bem como sobre como essas perspectivas poderiam apoiar a construção de uma atuação colaborativa entre todos os envolvidos na problemática social. A proposta de dar tratamento estrutural ao caso, a partir do paradigma da Justiça Restaurativa, foi acolhida por todos os participantes e envolvidos no processo, sendo então suspenso o andamento processual dos autos, para então serem enquadrados como Processo Estrutural. Houve também a nomeação da facilitadora Paloma Machado Graf para conduzir os encontros, com a ajuda de especialistas da UEPG, visando chegar a uma solução justa e colaborativa para todas as partes envolvidas.

Observe-se aqui o ingresso de outros elementos nesta complexa composição. A instalação de água e luz foi respaldada por uma Nota Técnica nº 01/23019,[1231] do Ministério Público do Estado do Paraná, no sentido da viabilidade da instalação de aparelhos de fornecimento de energia elétrica e água mesmo em se tratando de assentamentos precários e ocupações irregulares considerando o princípio da dignidade humana.

Ou seja, além de um conjunto grande de pessoas, instituições públicas e privadas, órgãos da justiça, terceiros vinculados como os mediadores, houve o reconhecimento das normas criadas pela própria comunidade de moradores, associados com direitos e deveres naquele contexto específico.

[1231] ESTADO DO PARANÁ. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos. **Nota Técnica nº 01/2019**. Disponível em: https://bit.ly/42a6HnI. Acesso em: 15 jun. 2023.

Reconhecendo-se, portanto, normas criadas pela comunidade, o que significa dizer o reconhecimento expresso de uma forma de pluralismo, porque essas regras não foram criadas pelo Estado, nem pelo Direito estatal, mas foram reconhecidas no sentido de estabelecer direitos e deveres para as famílias que estão naquela específica situação. Em resumo, as centenas de famílias não precisaram sair da área, não foi violado o direito de propriedade ou posse, pois o viés social com que o feito foi conduzido permitiu conciliar todas as expectativas.

Por sua vez, no âmbito do 2º grau de jurisdição, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao apreciar Recurso de Agravo de Instrumento nº 0073750-82.2021.8.16.0000,[1232] manejado pela Companhia de Habitação de Ponta Grossa no início do litígio para recuperar a área, assentou que:

> Como se vê, a concessão de liminar para a reintegração de posse derivada de ocupações que aconteceram após 20.03.2020 é possível, desde que **condicionada à possibilidade de abrigo público aos removidos ou outra forma de garantir-lhes moradia adequada.** (g.n.) Nada, porém, veio aos autos. Não há plano de desocupação e nem mesmo compromisso da agravante em destinar as pessoas a serem removidas a local adequado e digno.
> Neste senso, não há que se falar, ao menos por ora, em concessão de liminar. Mas como dito antes, **outras providências acauteladoras podem ser deferidas, até porque recomendadas nas várias decisões proferidas na ADPF 828**. (g.n.) Com efeito, impressiona a alegação da agravante no sentido de que a ocupação pode ganhar dimensões que, pela proporção, torne inviável qualquer tentativa futura de reintegração. Vai daí que se faz necessário (i) o imediato congelamento da invasão, isto é, **não devem ser admitidas outras pessoas no local, nem mesmo construídas outras unidades de habitação,** (g.n.) ainda que precárias e de fácil remoção (v.g. barracas de camping ou lona plástica) e; (ii) **o cadastramento das pessoas que atualmente estão acampadas no local, de modo a identificá-las para fins de futuro encaminhamento a abrigos ou inclusão em programas sociais administrados pelo Poder Público**. (g.n.) Para o cumprimento de item (i) deve a Dra. Juíza *a quo* determinar a expedição de mandado para a intimação das lideranças da ocupação e das pessoas eventualmente identificadas, ficando desde já arbitrada multa de R$ 1.000,00 por dia, caso haja descumprimento do preceito. No que toca ao item (ii), deve também a Magistrada *a quo* nos termos do art. 77, V do CPC, determinar a intimação do Município de Ponta Grossa para que, **através de seus órgãos de assistência social, faça o cadastramento das pessoas e famílias alojadas na área em litígio,** (g.n.) num prazo de até 30 dias, com posterior remessa do relatório aos autos. IV – Oficie-se à Comissão de Conflitos Fundiários do TJPR, solicitando a análise do caso em exame e a possibilidade de sua intervenção.

[1232] PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0073750-82.2021.8.16.0000**. Relator Des. Fernando Prazeres. Agravante: Companhia de Habitação de Ponta Grossa – PROLAR. Agravado: Frente Nacional de Luta Campo e Cidade. Disponível em: https://bit.ly/4bgrla7. Acesso em: 12 jan. 2024.

Alguns aspectos devem ser observados na decisão apresentada, da lavra do desembargador Dr. Fernando dos Prazeres. Primeiramente, decisões desse gênero representam um verdadeiro contraste com toda a história dos litígios envolvendo reivindicações por moradia, sendo raramente encontradas decisões que vinculam a uma pretensão do poder público medidas que visem acolher as famílias em situação de vulnerabilidade.

Não se pode negar que os aludidos fatos ocorreram durante a pandemia, e havia inclusive decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contudo, é importante ressaltar que essas ADPFs existem há muito tempo no Brasil, o que não garantiu, em nenhum momento, que juízes e tribunais a elas se vinculassem de pronto. Isso poderia ser demonstrado em diversas situações, uma vez que as Reclamações Constitucionais em grande número são evidência do descumprimento de ações constitucionais.

Outro ponto é que a postura do Tribunal não foi passiva; houve uma ordem expressa para que a municipalidade tomasse providências, inclusive sob pena de multa. Além disso, a decisão menciona outras formas de providências acauteladoras, e isso não esvaziou o núcleo protetivo da municipalidade, na medida em que determinou o "congelamento" da ocupação. Ainda, a terminologia empregada ao fato social do ingresso de pessoas em área que não lhes pertencia em nenhum momento foi utilizada no sentido de "ocupação" e não "invasão", o que ideologicamente tem um viés diferenciado.

Cumpre ainda mencionar que, no âmbito do 2º grau de jurisdição, as tratativas foram conduzidas em conjunto com Desembargadores e juízes, com facilitadores, mediadores, representantes do movimento das famílias. Ou seja, houve a participação de um movimento social, no caso a Frente Nacional de Luta Campo e Cidade (FNL), além das partes, numa ilustração bastante eloquente de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, nos termos da Teoria Pluralista de Peter Häberle.[1233]

Este caso é um exemplo de microexpressões do Processo Constitucional Pluralista no que tange à área cível. Já no tocante ao aspecto criminal, o mesmo não ocorreu, pois as famílias foram violentamente hostilizadas pelas forças públicas de

[1233] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**...

repressão sem a mínima necessidade e de forma totalmente ilegal e ilegítima, lançando mão de desforço próprio, mas litigando sem provocação oficial alguma.

Neste sentido, há uma Recomendação em conjunto do Estado do Pará da Procuradoria Geral de Justiça, Ministério Público do Pará, Promotoria de Justiça Militar e Promotorias de Justiça Agrárias,[1234] assentando que não deveria ser papel da Polícia Militar exercer o desforço próprio possessório em defesa de terceiros, pois estaria agindo de forma ilegítima.

A Recomendação por parte da Secretaria de Segurança Pública daquele Estado versa sobre o acompanhamento da Política Pública na Área Rural referente à Segurança Pública, assentando a impossibilidade de desocupação de área rural sem determinação judicial por parte da Polícia Militar do Estado do Pará, pois o poder público, no caso a instituição policial, não poderia agir no lugar do particular para promover defesa de posse.

Não é sem sentido que esta particularidade é trazida à tona. Primeiramente, para chamar a atenção no sentido de que a ideia do litígio estrutural precisa ser ainda mais ampla e incluir de pronto a inibição dos aparatos de violência estatal. No caso em questão, não há sentido em ter sido empregado contra pessoas vulneráveis, idosos, crianças e pessoas de família em plena pandemia instrumentos de repressão. Essa tem sido a prática e a causa de muitas mortes no campo e nas cidades, sem nenhum motivo que não seja a intimidação e a violência gratuita neste sentido, mas onerosa à própria população.

O fenômeno social, como longamente estudado, não pode ser reduzido a um tratamento policial. Obviamente, os comandos policiais, ao teor do cumprimento de ordens, agem, mas neste caso, nem ordem existiu, nem da própria justiça, nem nada que tenha sido formalizado. Este fato não é objeto de aprofundamento neste estudo, contudo, é necessário que seja mencionado como um fator adjacente às questões estruturais que precisam ir além da esfera cível e envolver as Políticas de Segurança Pública dos entes estatais em todas as suas esferas.

Outro motivo para ter sido mencionado este fato é que antes de 1995 não havia Varas agrárias, promotorias estruturadas em nenhuma parte do país. Isso só veio a acontecer e a começar a ser implementado em virtude dos dois grandes

[1234] ESTADO DO PARÁ. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional Cível. Núcleo de Questões Agrárias e Fundiárias. **Guia de atuação extrajudicial**: Promotorias de Justiça Agrárias. Belém, 2020, p. 127-129. Disponível em: https://bit.ly/47JAIMl. Acesso em: 15 jun. 2023.

conflitos agrários surgidos no norte do Brasil nos Estados de Rondônia e no Pará. A implementação das Varas Agrárias originariamente surgiu devido a recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que é um dos temas do próximo item que trata sobre as macroexpressões do Processo Constitucional Substantivo Pluralista.

A mudança de paradigma mencionada ao longo desta tese impacta a estrutura do Processo e a forma de se resolver os conflitos intersubjetivos, sendo muito útil trazer à tona a própria cultura de conciliação que, por algum tempo, o poder judiciário tem divulgado e que se expressa em atitudes concretas, tais como os projetos comunitários de "justiça nos Bairros", por exemplo. Contudo, é necessário assinalar que, obviamente, não foi sempre assim, e grande parte do Poder Judiciário recalcitrou em aceitar este formato de justiça.

A inclusão da comunidade, das culturas, usos e costumes locais, e a busca de um certo grau de autotutela jurisdicional paralelo ao Estado surgiram no direito brasileiro nos últimos 50 anos. Destaca-se neste cenário um importante estudo de Boaventura de Souza Santos, que foi um dos marcos desta nova forma de juridicidade, considerando a importância e o protagonismo dos chamados "Sujeitos Coletivos" mencionados ao longo desta tese de forma muito sucinta, mas agora desenvolvido por significar um divisor de águas na história do direito pluralista.

Como já afirmado no corpo deste trabalho, especificamente na seção que tratou do pluralismo de forma mais detida, Antônio Carlos Wolkmer parte de alguns pressupostos muito específicos para formular o seu conceito de pluralismo, contextualizado em um "referencial cultural compartilhado tomado em seu sentido material e formal vinculado à legitimidade de novos sujeitos coletivos." Este novo sujeito coletivo se apresenta como uma nova categoria a ser compreendida no largo e complexo mosaico da temática do pluralismo jurídico.

Essa nova categoria se articula no plano de um sistema justo de satisfação das necessidades consideradas no "contexto de democratização e descentralização do espaço público participativo, agregando ainda o desenvolvimento pedagógico para uma ética concreta da alteridade" que encerra a "consolidação de processos em dada racionalidade de natureza emancipatória". Todos estes elementos

constituem a forma de conceber o pluralismo de Wolkmer, centrado na ética da "alteridade" conforme entendimento de Marcos Augusto Maliska.[1235]

É neste contexto que pode ser inserido o pensamento de Boaventura de Sousa Santos,[1236] uma vez que foi muito difundido no universo da sociologia jurídica o famoso trabalho deste autor no início dos anos 70 que acabou originando a sua tese de doutoramento junto à universidade de Yale nos Estados Unidos. Neste trabalho, analisou o direito informal aplicado na resolução de litígios numa determinada comunidade ficticiamente denominada "Pasárgada", em alusão a um poema de Manuel Bandeira.[1237] Atualmente, sabe-se que se trata da Comunidade do Jacarezinho do Rio de Janeiro.

A parte mais conceitual referente ao pluralismo jurídico atribuída aos temas desenvolvidos por Boaventura Santos foi exposta no capítulo 3 ao se tratar da temática específica do pluralismo. Contudo, no que diz respeito à metodologia com que os trabalhos foram desenvolvidos, esta ficou no presente capítulo porque há muitos paralelos entre o estudo de caso que Boaventura Santos empreendeu e os estudos de caso mencionados no presente capítulo.

Primeiramente, Boaventura Santos[1238] assenta as bases epistemológicas de seu estudo, explicando que a teoria do direito de viés marxista é um subproduto dos estudos teóricos centrados na figura do Estado e que, por isso mesmo, o estudo do Estado caminhou em descompasso com o estudo do Direito, e a recíproca também se deu, esquecendo-se do Direito e exaltando-se o Estado.

O autor busca escapar destas inconsistências e parte de um estudo retórico sobre o direito, passando por aspectos da teoria da argumentação, baseando-se

---

[1235] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**... p. 160-161.

[1236] SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos.** São Paulo: Cortez, 2014, p. 25.

[1237] Vou-me embora pra Pasárgada / Lá sou amigo do rei / Lá tenho a mulher que eu quero / Na cama que escolherei / Vou-me embora pra Pasárgada / Aqui eu não sou feliz / Lá a existência é uma aventura / De tal modo inconsequente / Que Joana a Louca de Espanha / Rainha e falsa demente / Vem a ser contraparente / Da nora que nunca tive / E como farei ginástica / Andarei de bicicleta / Montarei em burro brabo / Subirei no pau-de-sebo / Tomarei banhos de mar! / E quando estiver cansado / Deito na beira do rio / Mando chamar a mãe-d'água / Pra me contar as histórias / Que no tempo de eu menino / Rosa vinha me contar / Vou-me embora pra Pasárgada / Em Pasárgada tem tudo / É outra civilização / Tem um processo seguro / De impedir a concepção / Tem telefone automático / Tem alcaloide à vontade / Tem prostitutas bonitas / Para a gente namorar / E quando eu estiver mais triste / Mas triste de não ter jeito / Quando de noite me der / Vontade de me matar / — Lá sou amigo do rei — / Terei a mulher que eu quero / Na cama que escolherei / Vou-me embora pra Pasárgada. (BANDEIRA, Manuel. **Libertinagem**. 1. ed. Global: São Paulo, 2014).

[1238] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 27-28.

tanto nos estudos clássicos de Aristóteles, passando por Perelman,[1239] o grande autor da argumentação moderna, Roberto Alexy e destacando os estudos à base da lógica do razoável de Recaséns Siches. Enfim, destaca a centralidade na retórica e da argumentação como ponto de partida.

Boaventura Santos explica que o espaço retórico do direito na comunidade de Pasárgada é mais extenso do que o direito estatal.[1240] Assinala[1241] que a interação jurídica de Pasárgada é mais informal que é do direito estatal oficial, não é rígida na distinção entre forma e conteúdo ou entre processo e substância pelo que, por meio de sua retórica, acaba indo muito além do que possibilitaria o direito oficial do qual estão vedadas certas argumentações por questões de ordem formal.

Outra característica importante é o que se refere ao discurso jurídico de Pasárgada, o qual se dá numa linguagem comum visando a mediação, de tal forma que não ocorre uma ruptura linguística nem supressões da participação do auditório, dos circunstantes, o que é comum no direito estatal e acaba por alisar os sujeitos originais do processo.

Explica também que o caráter da linguagem jurídica[1242] utilizada pelo mediador possui um baixo grau de especialização e profissionalização de funções jurídicas, o que facilita a circulação retórica e aproxima os personagens do caso a ser decidido. Isso ocorre porque o preciosismo jurídico, sua tecnicalidade e o excesso de formalismo se tornam obstáculos para que o cidadão tenha pleno acesso à justiça.

O autor[1243] ainda assinala que dois fatores importantes - o nível de institucionalização da função jurídica e o poder dos instrumentos de coerção na solução do caso - são distintos, embora decisivos em relação aos meios de coerção, apesar de derivarem diretamente das relações de produção, também se referem ao modo de distribuição e consumo da produção jurídica.

Boaventura Santos assinala[1244] que a função jurídica se autonomizou em relação às demais funções sociais, atingindo elevada especialização e originando

---

[1239] PERELMAN, Chaim. **Retoricas**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Pedro Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
[1240] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 31.
[1241] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 35.
[1242] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 33.
[1243] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 34.
[1244] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 34.

várias profissões jurídicas, com tarefas também definidas e hierarquizadas. Essa característica do direito oficial tem um estado capitalista. Ele analisa o poder de coerção do estado capitalista contemporâneo, que tem a seu serviço o monopólio legítimo da violência, envolvendo forças policiais, paramilitares, militarizadas, emergencialmente as próprias forças armadas, além do universo totalitário de instituições que constitui o sistema prisional. Não só se trata de violência física efetiva, mas também de violência simbólica.[1245]

Boaventura de Souza Santos assinala que, contrariamente ao direito estatal, o direito de Pasárgada é dotado de instrumentos de coerção muito "incipientes" e, de fato, "quase inexistentes".[1246] Ocorrem formas coletivas de coerção do vizinho transgressor que não aceita os argumentos no sentido de repor a situação de legalidade. Trata-se de formas de pressão relativamente difusas[1247] que tendem a se tornar progressivamente intoleráveis na manutenção de certa postura do infrator.

Elas o impelem por ações fluidas, precárias e até como ameaças, um discurso da violência, sobretudo na base da "retórica de força" de uma intimidação que integra também um discurso jurídico, mas em uma intensidade muito menor do que a do Estado.

Sousa Santos[1248] analisa não apenas os processos revolucionários, mas também momentos extra revolucionários. Apesar das diferenças estruturais na intenção política e no impacto social, constata-se uma relativa desinstitucionalização da solução jurídica e a redução do poder dos instrumentos de coerção.[1249] Para

---

[1245] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 39-40.

[1246] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 41.

[1247] Se antes era assim, agora não mais. Uma vez que o crime organizado tomou conta das comunidades, instaurou-se um direito paralelo ao Estado, mas dotado de imensa crueldade. Tribunais de execução comandados por líderes de facções criminosas estabelecem as leis, os processos e as penas ao seu critério. Não importa a condição pessoal, idade, cor ou sexo; as comunidades marginais vivem num regime de terror, com criminosos à solta pelas ruas, portando armamentos de grosso calibre e mantendo as comunidades sob o seu domínio à base da violência não só simbólica, mas física, efetiva e desesperadora.

[1248] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 45-46 (nota de rodapé nº 29).

[1249] Boaventura de Souza Santos é um sociólogo português que tem contribuído significativamente para os estudos sociais e jurídicos, especialmente no contexto latino-americano. Sua obra reflete uma abordagem crítica e reflexiva sobre questões sociais, políticas e jurídicas. Santos é conhecido por seu pensamento sobre a "ecologia de saberes" e a necessidade de reconhecer e valorizar diferentes formas de conhecimento, incluindo aqueles que emergem das experiências e culturas marginalizadas. Ele defende uma abordagem pluralista e inclusiva para a produção e aplicação do conhecimento. O autor aborda temas como justiça, direitos humanos, pluralismo jurídico e participação cidadã. Suas ideias muitas vezes desafiam as estruturas tradicionais de poder e apontam para a importância de se repensar e transformar sistemas sociais injustos. Para compreender adequadamente o pensamento de Boaventura de Souza Santos, é recomendável

ilustrar melhor essa afirmação, ele menciona os tribunais populares em Cuba após o período da revolução, a expansão dos tribunais no Chile durante o período da unidade popular, os comitês de mediação na China popular e, finalmente, a justiça popular nos países africanos de língua portuguesa.[1250]

Boaventura de Sousa Santos[1251] apresenta seu conceito central de pluralismo jurídico como uma construção teórica fundamentada em uma comparação contrastante entre o direito de Pasárgada e o direito brasileiro estatal, representando o estado capitalista contemporâneo e o estado ditatorial. Na pesquisa realizada nos anos 70, ele pressupõe a coexistência desses dois sistemas jurídicos no mesmo espaço geopolítico, considerando o direito de Pasárgada como um autêntico direito. A tese de Sousa Santos é sustentada por diversos elementos de ordem probatória.

Sousa Santos[1252] destaca alguns pressupostos metodológicos em sua teoria, referindo-se a aspectos científicos e ideológicos na luta anti-imperialista das sociedades nativas sob o jugo colonial e neocolonial. Ele menciona os autores Bohannan e P. H. Gulliver, cujas ideias apontam para o termo "direito" sendo moldado a partir dos pressupostos culturais ocidentais.

Essa perspectiva sugere que o direito deve ser compreendido com base nos critérios ocidentais, uma vez que em muitas sociedades não ocidentais, as configurações desse tipo de direito não são atribuídas, embora ocorram certas semelhanças estruturais e funcionais dentro e fora do sistema jurídico.

Boaventura de Souza Santos[1253] menciona os estudos de antropologia de Malinowski, que analisou o direito nas sociedades primitivas, especialmente nas ilhas Trobriand. A conclusão de Malinowski é que em todas as sociedades existem regras disciplinadoras, mesmo que apoiadas por sanções de ordem religiosa.

Souza Santos destaca a ideia de Radcliffe-Brown sobre a especificidade

---

explorar suas obras mais importantes, como "Um discurso sobre as ciências" e "Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências". Essas obras oferecem *insights* valiosos sobre suas perspectivas teóricas e metodológicas.

[1250] Não é possível que a análise do autor se mantenha irretocável cientes de que a primeira marca dos regimes autoritários é a violência, o que se verifica com as diversas evidências históricas que demonstram serem os tribunais revolucionários e as execuções sumárias dos inimigos do regime um constante nos processos revolucionários o que se constatou em todos os países citados pelo autor, obviamente o seu estudo precisa ser ambientado tanto a questão do número e qualidades de fontes confiáveis em fins dos anos 1960 e início dos 1970 e a quantidade de acesso e evidências atuais, passados mais de 50 anos do referido estudo.

[1251] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 47.

[1252] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 51.

[1253] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 53.

precedida da generalidade, argumentando que, em algumas sociedades, a concepção de direito como regulamentação pode não existir. Ele também menciona os estudos de Evans-Pritchard sobre os povos Nuer no Sudão,[1254] afirmando que nessas comunidades pode não haver a dimensão de direito, organização e disciplina.

Boaventura de Souza Santos[1255] destaca que Evan-Pritchard, autor dos estudos sobre os povos Nuer no Sudão, mais tarde admitiu expressamente que "dentro da tribo há direito". Com base nesses pressupostos, Sousa Santos[1256] conceitua o direito, no contexto de sua pesquisa em Pasárgada, como o "conjunto de processos regularizados e princípios normativos, considerados justiciáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios". Ele acrescenta que a resolução desses conflitos ocorre "através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada".

Boaventura Sousa Santos[1257] analisa o "problema do pluralismo" motivado pela análise do tema no contexto sociológico do colonialismo. Ele destaca a coexistência no mesmo espaço geográfico, unificada de forma arbitrária pela colônia, do direito do estado colonizador e dos direitos tradicionais. Esse contexto específico suscita questões sobre a diversidade de sistemas jurídicos e a coexistência de diferentes tradições jurídicas em uma mesma sociedade.

Acentua que Esse tipo de coexistência normativa ocasionou diversos conflitos e acomodações precárias tendo em alguns casos uma proteção maior de ordem constitucional mencionando nas regras indiretas do colonialismo inglês e em outro sentido o fenômeno foi tomado e seu formato sociológico e político desconsiderando as concepções jurídico políticas oficiais do estado colonizador, o que teria acontecido com o colonialismo português.

[1254] Tornou-se uma estratégia metodológica comum no século XIX e início do século XX na Sociologia, na Antropologia, no Direito, na Psicanálise identificar comunidades isoladas e analisar como determinados fenômenos e crenças das mais diversas ordens transcorrem naquela determinada realidade datada e controlada e tirar destes estudos as conclusões de como seriam as comunidades e homens e mulheres do passado. Neste sentido vide os trabalhos de Émile Durkheim (DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**: o sistema totêmico na Austrália. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996) e Sigmund Freud (FREUD, Sigmund. **Totem e tabu.** Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1999). Atualmente, apesar do rareamento de comunidades autenticamente isoladas, os métodos ainda continuam neste viés metodológico porque é o que mais se aproxima da ideia de como poderia ser as sociedades antigas.

[1255] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 54. (nota de rodapé nº 40).

[1256] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 54.

[1257] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 54-55.

Na primeira situação analisada, que é o pluralismo à luz de um contexto sociológico básico, o direito estatal coexistia com o direito das comunidades colonizadas. Isso introduziu uma série de questões novas para a prática jurídica no contexto colonial. No âmbito do pluralismo jurídico, questões socioeconômicas, políticas e culturais tornaram-se cruciais para garantir a pacificação das colônias e a gestão racional dos recursos coloniais. Essas questões foram amplamente investigadas pela antropologia e sociologia do direito, destacando a complexidade das dinâmicas jurídicas em contextos coloniais.

Sousa Santos[1258] analisa o fenômeno do pluralismo jurídico não apenas a partir de uma perspectiva anticolonialista, mas também destaca que, do seu ponto de vista, o pluralismo jurídico já parecia ser um "pecado original". Isso resultou em conhecimentos de valor inestimável para a análise do pluralismo jurídico em diversos contextos sociológicos. Além do contexto colonial, ele observa que a literatura identifica outros contextos de pluralismo jurídico.

Por exemplo, menciona países com tradições culturais não europeias que adotam o direito europeu como parte do processo de modernização, destacando casos como Turquia, Tailândia e Etiópia.

Avalia que em todos esses casos, o pluralismo jurídico resulta do fato de o direito tradicional não ter sido totalmente desconsiderado no plano sociológico pelo novo direito oficial, continuando a ser utilizado em muitos setores, inclusive pela maioria da população. Outra situação de pluralismo jurídico seria de origem não colonial, como no caso de uma revolução social.

Quando o direito tradicional entra em conflito com a nova legalidade, o direito revolucionário, também não é totalmente excluído. Ele cita o exemplo da Ásia Central, com tradição jurídica islâmica, após a Revolução de Outubro na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Boaventura de Souza Santos[1259] considera o pluralismo jurídico no caso das populações autóctones, nativas ou indígenas, nas quais foram obrigadas a se submeter ao direito do conquistador, sendo que somente alguns aspectos de suas vidas eram regulados pelo seu direito tradicional. Ele cita exemplos de países da América do Norte, da América Latina e de povos autóctones da Nova Zelândia e

---

[1258] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 56.

[1259] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 57.

Austrália. Em todos esses casos de pluralismo jurídico, com vigência sociológica incontestável ou não reconhecidas pelo direito dominante, são situações consolidadas e de longa duração que refletem "conflitos sociais que envolvem questões socioeconômicas, políticas e culturais complexas e evidentes".

Boaventura de Sousa Santos[1260] lança mão do instrumental da teoria da argumentação jurídica, que parte de premissas de argumentação chamadas de "topoi" ou lugares comuns no plano argumentativo.[1261] Ele destaca que esses "topoi", opiniões geralmente aceitas que tornam possível a argumentação, não são os objetos de argumentação, não integram o discurso argumentativo, mas o condicionam.

Ou seja, sem partir de alguns pontos de consenso, é impossível o processo argumentativo no plano da tentativa de se convencer a outra parte de que os argumentos apresentados são os melhores.

Sousa Santos[1262] falar sobre a linguagem e o silêncio assenta que o silêncio é uma realidade de limitada pela linguagem silêncio não é uma ausência indiscriminada de linguagem, mas uma autorrejeição de determinadas palavras em certos momentos do discurso e que, por si só, tornam-se eloquentes. Exemplifica seu ponto de vista[1263] mencionando “o silêncio de Arjuna”, o guerreiro de Bhagavad Gita.

Arjuna indaga a Gitá como seria a natureza do homem dotado de uma sabedoria serena que contempla o divino. Quais seriam suas palavras e qual seria seu silêncio? Percebe que a resposta não pode ser traduzida por meio de palavras. Por isso, também silencia, pois não está interessado em nenhum outro tipo de silêncio que não seja o dos sábios. Não aceita um silêncio qualquer.

[1260] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 136.

[1261] Os “topoi” são “lugares”, vem do grego, de “topos”, lugar, são estratégias dotadas de eficácia para que se possa construir uma linha argumentativa desenvolvendo e defendendo determinados argumentos. Neste sentido se pode utilizar argumentos que remetam o raciocínio a uma situação de consequência, se for feito algo, se terá como consequência determinada coisa, se pode utilizar comparações argumentando que assim como tal situação a outra situação análoga tem relação, argumento de autoridade quando se parte de uma ideia que já teria sido defendido por uma pessoal absolutamente versada e entendida em determinado assunto de tal forma que se faz difícil contestar, os lugares comuns ou argumentações comuns em torno das causas enseja uma relação entre de causa e efeito, os topoi de antecedência quando algo logicamente precede outra coisa, a analogia se dá quando em face de situações que são consideradas em suas semelhanças e ou ainda, os topoi de circunstância que indicam e delimitam uma situação no tempo ou no espaço, sendo estes alguns exemplos de mecanismos que podem ser úteis no cerne de um processo de convencimento de alguém a partir destes jogos de argumentos e a racionalidade que encerram.

[1262] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 136.

[1263] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 136 (nota de rodapé nº 12).

Ainda interessado na expressividade e no total sentido não só das palavras, mas também da eloquência, Boaventura de Sousa Santos[1264] menciona um filme de Laura Nader sobre a resolução de litígios no tribunal mexicano de zapotecas. No filme, o Presidente que resolve os litígios entremeia as suas falas com longos silêncios.

Esses lapsos de silêncio influenciam no comportamento linguístico das partes e testemunhas, pois, neste contexto, tudo tem importância e significado. "O tempo" em que são feitas as perguntas, o ritmo, a vivacidade dos discursos ou o silêncio das partes são elementos interpretados ao longo do processo.

Boaventura de Sousa Santos cita estudos realizados numa aldeia na Floresta da Suécia, de autoria de Barbara Yngvesson, que abordam a resolução de conflitos considerando o conceito de "não ação" para se referir à conduta da comunidade que simplesmente "observa um comportamento desviante".

Neste caso, não é apenas o silêncio tomado sob determinado aspecto ao longo do processo de decisão em uma mediação qualquer, mas sim o silêncio de "toda uma comunidade" que se incorporou ao processamento do litígio. Trata-se de um silêncio coletivo que indica um período de meditação coletiva da sociedade.

Boaventura de Sousa Santos[1265] menciona as diversas categorias de silêncio substantivo utilizado ao longo deste processo, como silêncio de aprovação, rejeição, sentimento, reprovação, intimidação, desacordo total, aprovação reticente, aprovação emotiva, revolta, impotência, resignação, respeito, desrespeito, pela atenção explosiva ou necessidade de calma e de deliberação adicional.

O processo cognitivo ocorre em um pano de fundo naturalizado de silêncio, assentado na gramática das práticas sociais, que simultaneamente possibilita a linguagem e a comunicação. Este pano de fundo de silêncio viabiliza um acordo tácito que permite a identificação de anseios, crenças, valores, senso de justiça e convivialidade de um dado grupo social.

Se, no processo comum da sociedade, percebe-se que não é viável que todos decidam a todo momento, o aceite tácito torna-se essencial para viabilizar a vida social. Neste ponto, a legitimidade, tão bem estudada por Weber, funciona como uma fantasia político-legal. Ela é uma ilusão, uma fantasia, mas que para aquele grupo específico opera eficazmente. Humanamente, não é possível legitimar

---

[1264] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 138.
[1265] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 140.

todos os atos a todo instante.

Por essas razões, as formas de consenso tornam-se importantes, surgindo a metáfora do pano de fundo compartilhado de silêncio para dar corpo e vida a esta construção abstrata. Sem essa legitimidade, a vida social não é possível, e, por isso, a linguagem não apenas possui um sentido semântico expresso em palavras, mas também em gestos e em silêncios. Neste aspecto linguístico, Wittgenstein vislumbrou os limites dessa discussão.

Jiddu Krishnamurti, em uma das vertentes da filosofia oriental, afirmava que a verdade é um silêncio entre dois pensamentos. Ele afirmou[1266] que não é tanto a significação verbal, mas principalmente as coisas existentes entre as palavras, no espaço, no intervalo entre os pensamentos.

Se a mente puder estar quieta, atenta para o que se acha entre as palavras, se puder se pôr num estado de “afinação“, será então capaz de “escutar” integralmente, na totalidade; e é esse escutar, possivelmente, que traz a revolução, e não o esforço consciente para compreender.

O papel do silêncio também se faz presente na vertente cristã. Nesse sentido, Jean-Yves Leloup[1267] assinala, sob o enfoque da mística cristã, que os padres do deserto diziam que “são felizes os que ouvem a palavra de Jesus e mais felizes ainda aqueles que ouvem o seu silêncio”.

Essas construções e metáforas são mais bem integradas na discursividade da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein.[1268] Portanto, uma dimensão democrática implica o reconhecimento de um processo de comunicação salientando-se a importância do procedimento e os mecanismos de decidibilidade que darão o tom desta atmosfera democrática, não tanto a noção de justiça individual.

É por isso que o silêncio a que se refere Boaventura de Souza Santos tem esta conotação de pôr se tecer um contexto, um cenário onde as bases da conciliação e do discurso do conciliador se realiza, também ele fazendo silêncio e este silêncio é um elemento da retórica, da argumentação, mas ao mesmo tempo é o seu próprio fundamento e permite vencer muitas palavras com um olhar, um gesto,

---

[1266] KRISHNAMURTI, Juddi. **Krishnamurti**: o libertador da mente. São Paulo: Martin Claret, 1997, p. 69.

[1267] BOFF, Leonardo; LELOUP, Jean-Yves. **Terapeutas do deserto**: de Fílon de Alexandria e Francisco de Assis a Graf Dürkheim. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2021. p. 112.

[1268] WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução: Luiz Henrique dos Santos. São Paulo: Edusp, 1993.

um silêncio, derrubando máscaras, falsas idealizações.

Todo este conjunto de características deixam as pessoas frente a frente em relação ao seu discurso e suas verdades individuais e comunitárias, por isso mesmo o gestual do conciliador comunitário, traz em si este forte simbolismo e esta peculiar forma de comunicação, indispensável ao universo interpretativo que se deseja compreender e sobre o qual se deseja atuar.

No tocante a delimitação do estudo de Boaventura de Souza Santos, é preciso esclarecer que o alcance da atuação do direito de Pasárgada não é absoluto, da obra se percebe que questões de natureza criminal, são encaminhadas para a polícia e no caso de os cidadãos não confiarem nas instituições oficiais do estado, muitas vezes a questão fica sem ser resolvida.

A tese de Boaventura Santos menciona que há outros casos em que a discussão tangencia a própria intimidade dos casais, havendo o curioso episódio que foi levado ao conciliador onde este resolveu a questão, receitando vitaminas, tratamentos, comportamentos de higiene pessoal e uma boa dose de psicologia das relações humanas, como caminhos para resolver os conflitos entre marido e mulher.

Boaventura Santos ressalta a falta de condições mínimas para o desenvolvimento de afetividade devido às limitações físicas da moradia onde conviviam o casal e os filhos, caso este que com toda a probabilidade jamais seria resolvido a contento junto a justiça oficial do Estado, aliás, sequer o casal levariam tal questão para ser discutida por estranhos.

Em outras situações o direito de Pasárgada não busca regular a vida fora daquela comunidade nem os critérios de legalidade prevalecentes na sociedade como um todo, se respeita a propriedade privada, observam formalidades e flexibilidade sendo considerado uma sociedade micro capitalista não negando se a estratificação social é separação entre zonas de boa e má vizinhança[1269].

Delimitando-se o âmbito de abrangência do direito de Pasárgada, Boaventura de Sousa Santos observa a estratégia estatal de fazer como que “vistas grossas” à realidade que se instalou em Pasárgada, pois apesar de constatar o ilegal e a possibilidade de sujeitar o ilegal ao controle repressivo há a tolerância, a aceitação de algumas instituições comunitárias e um silêncio eloquente por parte do poder oficial que vê em tudo isso uma possibilidade de exonera os Tribunais oficiais

[1269] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 344.

nas questões relativas àquela comunidade[1270].

O direito praticado em Pasárgada, como analisado por Souza Santos, baseado na forma pacífica de resolução de conflitos e prevenção de litígios acaba neutralizando em parte a violência da sociedade capitalista possibilitando uma convivência menos conflituosa que ao final se revela respeitosa ao tipo de direito e de ordem praticado pelos moradores.

Esses padrões comportamentais, tendem a serem transportados para as interações com a sociedade oficial e para tanto, o Estado reconhece as associações de moradores como uma representante legítima da favela nas suas relações com os organismos estatais, mas também reprimir muito além do que do razoável[1271].

Boaventura de Sousa Santos como que prenuncia um modelo de juridicidade a ser implementado e praticado oficialmente no direito brasileiro através da instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Em apoio a esta constatação acorre o fato de que os estudos de Pasárgada ocorreram logo no início dos anos 70 o qual mencionava como características centrais a questão dos custos monetários e o tempo de uma demanda, observando-se a conveniência da flexibilização dos fatores tempo, espaço e condições materiais e humana de realização da justiça.

Todos estes fatores são favoráveis aos moradores, pois, não precisam pagar honorários advogados, custas de tribunais, tão somente uma colaboração dos moradores para com a Associação de Moradores para manter o seu sistema de direito em paralelo e as condições de pacificação social que interessava a todos, não atraia o aparato repressor do Estado e resolvia com celeridade as demandas.

Determina o art. 2º da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995[1272] a qual dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” Uma demanda na justiça exigia que o morador da Comunidade precisasse pagar pelo transporte para se dirigir a um Tribunal, perderia um dia de salário com uma demanda, demandaria tempo em busca de advogados ou

---

[1270] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 346.

[1271] SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito dos Oprimidos**... p. 346.

[1272] BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: https://bit.ly/3UcC8Mv. Acesso em: 27 nov. 2023.

assistência jurídica oferecida por entes estatais[1273] ou outras entidades[1274], além de ser assegurados outros aspectos tais como a oralidade, praticamente nenhuma burocracia, uso de linguagem acessível, praticamente "resolvem a questão na hora".

Ou seja, tudo aqui é contrário ao que oferecia o direito estatal, sem falar que tanto o conciliador quanto os demais personagens de certa forma, não poderiam usar as "máscaras sociais" em um Tribunal posto que na Comunidade muitos pontos da vida e do caráter das pessoas era de conhecimento público o que orientava a conciliação pois se sabia muito mais e com profundidade os aspectos dos atores em litígio.

Este aparato destacado conduz à compreensão da importância dos sujeitos coletivos, envolvendo as Comunidades e Movimentos Sociais, os agentes ativos na busca por justiça e na transformação social, aqueles que conduziam tanto a prevenção quanto a resolução dos conflitos que eram dotados de uma legitimidade muito maior perante os seus "jurisdicionados" e não porque a lei, ou porque o Estado, ou porque o sistema os investia desta função de autoridade.

A própria Comunidade reconhecia os seus conciliadores como pessoas aptas a decidirem da melhor forma e da forma mais justa as questões comunitárias e coletivas, além do que aquele sistema conquanto informal, simples,

---

[1273] Observa-se que, inclusive, na época da pesquisa, as Defensorias Públicas sequer tinham o formato ou mesmo a existência das atuais instituições. Além das precariedades na qualidade dos serviços, não existia uma Defensoria com o formato institucional que só mais tarde a Constituição de 1988 iria dar. Mesmo após 1988, nem todos os Estados da Federação possuem Defensorias, e aqueles que possuem estão longe de serem consideradas ideais. Elas não têm presença em todas as cidades, nem contam com uma remuneração e estrutura proporcionais ao Ministério Público. Aliás, antes de 1988, o próprio Ministério Público acabava agindo no papel de defensor, gerando uma confusão institucional muito grande. Por fim, as Defensorias da União também somente atuam nas capitais, em alguns centros de maior relevância, e tanto as instituições estaduais quanto as federais atuam com restrição de matérias. Esses fatores resultam em uma limitação severa ao pleno acesso à justiça.

[1274] Além das assessorias jurídicas das universidades e faculdades públicas e privadas, as Comissões de Direitos Humanos ou Comissões de Justiça e Paz mantidas por projetos pontuais pelas Dioceses e Arquidioceses da Igreja Católica, no setor das Pastorais sociais, tiveram um grande impacto. Neste sentido, a sociedade civil supria, em parte, o vazio institucional ou as fragilidades do sistema existente, valendo-se aqui o princípio da subsidiariedade. Contudo, o problema da justiça, como se sabe, é derivado de outras questões de ordem social, econômica e até cultural. Um sistema com melhor distribuição de renda e menos miserável ou pobre fortalece o cidadão e a sociedade, retirando-os da sempiterna dependência estatal. Se por um lado o Estado tem seu papel delimitado em termos de políticas públicas, por outro, se malconduzido estruturalmente, pode se converter em um meio muito cômodo para práticas paternalistas e manutenção dos chamados "currais eleitorais". Essa expressão está vinculada aos poderes do coronelismo, aos sistemas de poder regionalmente organizados, nos quais o poder econômico, político e social era concentrado nas mãos das elites, principalmente rurais, colocando a população em constante estado de dependência e tolhendo as possibilidades de emancipação social, criando uma cultura de miséria e subserviência.

.

desburocratizado ao final era preferível em suas próprias formas de organização e sistemas de justiça como estratégia comunitária para enfrentar a opressão do Direito Estatal oficial.

Não se pode esquecer o fato de que aludi estudo de Boaventura Santos, em questão, foi realizada no início dos anos 1970, logo no início da ditadura militar e em um do período mais cinzento da história democrática e se as garantias constitucionais não eram asseguradas nem mesmo a pessoas de elevado padrão social e econômico.

Menos ainda se pode dizer em relação a pessoas e comunidades periféricas e sem visibilidade social alguma, o que não desqualifica o trabalho, como inclusive se reconhece e o qual sem dúvida influiu de alguma forma na criação de sistemas mais informais de aplicação da justiça ora existentes no direito positivo brasileiro não sem muita resistência de parte das elites judiciárias, temerosas em perder sua parcela de influência e poder social.

Esta abordagem mais legítima sobre os meios, formas e sistemas de acesso à justiça popular ao propor uma abordagem mais participativa e inclusiva para a construção do direito, levava em consideração as diversas experiências e saberes presentes em diferentes contextos sociais[1275] além do que as habilidades sociais dos conciliadores era algo essencial na construção de consensos e da pacificação, o que era muito difícil ou quase impossível se conseguir no sistema oficial.

5.2 MICROEXPRESSÕES E MACROEXPRESSÕES DO PROCESSO CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVO PLURALISTA

Dentre as macro expressões do Processo Constitucional Pluralista se pode analisar uma estruturação que tanto pode se exteriorizar através do estudo do conjunto das Constituições andinas o que se faz ante a análise dos mais diversos aspectos do Constitucionalismo Latino-Americano, neste sentido as Constituições atuais da Venezuela, do Equador, da Bolívia são exemplos eloquentes, Neste

[1275] O sistema oficial tem muito a aprender com a prática de comunidades distantes, como na Amazônia, onde não existia e ainda, em alguns casos, não existem nem resquícios da estrutura estatal formal. Nessas comunidades, não havia padres, pastores, juízes ou prefeitos, apenas pequenas comunidades com seu conhecimento ancestral. Elas precisam resolver conflitos intersubjetivos e até tribais da maneira como sempre resolveram: por meio de conciliação, prevenção e, em alguns casos, imposição de penas. No entanto, em sistemas de justiça aos quais a justiça oficial sequer tinha condições de compreender, era necessário buscar o entendimento a partir da inculturação dos valores e práticas daquelas comunidades.

particular se pode enumerar inclusive da própria Assembleia Constituinte Chilena, em que pese não haver sido aprovada a nova Constituição, a mais completa e avançada dentro desta filosofia e paradigma pluralista.

Não há a intenção de um aprofundamento neste particular no presente tópico, sendo o suficiente citar esta nova e original forma de constitucionalismo nacional, contudo se pode ir além do aspecto das nacionalidades. Neste sentido as Macroexpressões do Processo Constitucional Pluralista se exteriorizam através de situações cujos parâmetros, que ultrapassam os limites da nacionalidade ocorrendo a sobreposição de outros sistemas jurídicos e instâncias diversas nacionais e internacionais.

Os fatores acima mencionados podem implicar no implicando no reconhecimento da competência e jurisdição de Tribunais especializados ou que ensejem a criação de Cortes especializadas, para operar como os casos complexos oriundos desta condição de pluralismo jurídico, o que não exclui formas já existentes e alternativas de resolução de conflitos, mas que venham a incorporar estas especificidades da pluralidade de fontes normativas.

Ilustra-se tal condição analisando a forma como surgiram nos Brasil as Varas Agrárias linhas atrás citadas, ou seja, a partir de desdobramentos de conflitos agrários ocorridos a partir das deliberações do sistema interamericano de Direitos Humanos, especificamente a partir das recomendações ao Estado brasileiro por ocasião da análise pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (1998) quando analisou o caso Corumbiara (Petição nº 11.566) por ocasião de sua admissibilidade[1276] e posteriormente pela apreciação final de mérito,[1277] temas tratados mais à frente.

Os litígios estratégicos podem se inscrever no contexto tanto das microexpressões quanto das macros expressões do Processo Constitucional Pluralista.

No específico caso de Corumbiara ocorrido em 1995 registre-se mais um triste episódio na história de sangue produzida pelo latifúndio e seus rastros de injustiças e mortes nos campos do Brasil e da América Latina devido a conflitos que apesar de gerarem vítimas comumente resultavam em total impunidade.

[1276] COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Caso Corumbiara × Brasil nº 11.556**. 1988...

[1277] COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Caso Corumbiara x Brasil nº 11.556**. 2004...

Além da impunidade não eram raras as situações em que os fatos se voltavam contra as próprias vítimas que viam contra si se voltarem todos os aparatos punitivos do Estado oficial de um lado e de outro a convivência num clima de mortes por encomenda, inclusive com o cumprimento das ameaças, neste contexto o caso denominado “Corumbiara” não seria diferente.

O caso da morte de trabalhadores rurais sem terra e de suas famílias ocorrido no sul do Estado de Rondônia no ano de 1995 acabou sendo denunciado à Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos através de uma articulação entre instituições da Igreja Católica locais e Entidades especializadas neste tipo de litígios.

Já nesta época em que não se cogitava deste tema na doutrina nacional ao menos com o tom de novidade como tem ocorrido nos últimos anos, os aspectos de tais litígios se revelavam de uma grande importância e que infelizmente foi relegada por muitas décadas ainda, situação que felizmente começa a se reverter no Brasil.

Neste caso a mediação não era como o formato atual, no sentido interno como visto no caso do assentamento Andorinha na cidade de Ponta Grossa ao se tratar das microexpressões de processualidade plural, era a própria Comissão de Direitos Humanos através de Organizações Não governamentais e instituições privadas, como foi o caso do Centro de Direitos Humanos da Arquidiocese de Porto Velho, em Rondônia de onde partiu a iniciativa de denunciar o fato no primeiro caso transfronteiriço de justiça agrária.

Passados já quase 30 anos do fato, a sociedade brasileira ainda tem se mostrado excessivamente tímida na organização das demandas internacionais, obviamente muito tem se escrito sobre isso, mas escritórios especializados e Instituições dotadas de grande expertise ainda rareiam.

O litígio estratégico nestas circunstâncias se exteriorizam através de outras formas de exercer a advocacia, instituições da sociedade civil se irmanam para efetivar o protagonismo do ser humano enquanto indivíduo no cenário da normatividade internacional sendo que no plano interno os valores reparatórios por exemplo são ínfimos e relegados ao sistema de precatórios o que resulta em outro tipo de violação, desta vez da não resolução das demandas em tempo processual razoável, mesmo havendo condenações, pois o problema está aqui na efetivação das condenações.

Considerando que lideranças camponesas e urbanas à frente da reivindicação por terra e por moradia não só tem sido ameaçado como tem de fato sido assassinados no Brasil, em especial nos últimos tempos em que a campanha de certos indivíduos e agremiações partidárias cerraram fileiras no sentido de enlamear a luta pelos direitos humanos no continente atacando seus protagonistas, pessoas e instituições da forma mais vil, repugnante e obscura que se possa imaginar.

Busca-se destruir a imagem de uma luta histórica de tamanha relevância, afetando o imaginário popular, sobre o assunto e o pior, desmotivando a juventude e até colocando a opinião pública contra as reivindicações mais legítimas e admiráveis em termos de defesa da humanidade, um prejuízo irreparável historicamente.

O Caso Corumbiara atraiu a atenção da mídia[1278] mundial e a opinião pública internacional serviu como instrumento de pressão sobre o Estado brasileiro que recentemente havia se submetido à jurisdição da Corte, neste cenário as Recomendações da Comissão como as condenações da Corte tinham um grande valor simbólico e pedagógico.

Destes caminhos pioneiros se abriu caminho para outros tantos casos. O caso Corumbiara foi admitido na Comissão, daí, não ser correta a afirmação de Fernando Ribeiro Delgado, da Havard Law School, em Palestra no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, de que o Caso Urso Branco (nº 394-52)[1279]" teria sido o primeiro caso internacional do Brasil nas Organizações dos Estados Americanos[1280], considerando as evidências aqui documentadas.

Em 25 de setembro de 1998 foi exarado Relatório nº 77/98, Caso Corumbiara (nº 11.556) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos[1281] declaração da admissibilidade do caso e em 11 de março de 2004 houve o Informe Adicional apreciando o mérito[1282] recomendando ao

---

[1278] BERGAMO, Mônica. Executados, torturados e humilhados. **Veja**, São Paulo, v. 28, n. 36, p. 38-41, set. 1995.

[1279] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2006). **Relatório nº 81/06 – Caso 394-52**: Internos Presídio Urso Branco. Disponível em: http://cidh.oas.org/annualrep/2006port/brasil.394.02port.htm. Acesso em: 15 jun. 2023.

[1280] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Os efeitos das decisões da corte de direitos humanos na Justiça Brasileira são tema de palestra no TJRO**. 18 mar. 2016. Disponível em: https://bit.ly/498rmLe. Acesso em: 15 jun. 2023.

[1281] COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Caso Corumbiara × Brasil nº 11.556**. 1988...

[1282] COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.

Estado brasileiro realizasse uma investigação completa por órgãos não militares, para determinar a responsabilidade pelas mortes, fossem reparadas adequadamente as vítimas ou seus familiares pelas violações de direitos humanos.

A Comissão também recomendou a adoção de medidas necessárias para evitar que eventos semelhantes e que fosse alterado o artigo 9º do Código Penal Militar e o artigo 82 do Código de Processo Penal Militar a fim de "abolir a competência da polícia militar" para "investigar as violações dos direitos humanos cometidas pelos militares", e para transferir essa competência para a polícia civil. Em 2004 houve a seguinte alteração no texto constitucional brasileiro trazida pela Emenda Constitucional nº 45[1283], *in verbis:*

> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) **§ 4º Compete à Justiça Militar estadual** (g.n.) processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, **ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil,** (g.n.) cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A Emenda para transferir a competência dos crimes dolosos contra a vida da jurisdição militar para o Tribunal do Júri era uma reivindicação antiga do Movimento Nacional dos Direitos Humanos e de outras entidades, mas desta vez havia um componente adicional para tanto.

Observe-se que começaram a ser criadas varas agrárias ou centros de conflitos fundiários, para tratar destas questões de forma mais específica, apesar de não existir uma justiça especializada de natureza agrária estes antecedentes nos desdobramentos legislativos também pavimentaram o caminho para os procedimentos estruturantes atuais sem os quais seria muito pouco provável a possibilidade de êxito.

No tocante às indenizações e sua exequibilidade tal assunto exige um estudo à parte o que o recorte desta tese não torna possível nesta oportunidade, apenas se menciona Leis estaduais ou mesmo federais poderiam implementar o pagamento dos valores sem a necessidade de ser recorrer a sistemática dos precatórios.

Caso Corumbiara × Brasil nº 11.556. 2004**...**

[1283] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988...

Neste aspecto em particular, a questão não tem caminhado no Brasil tão bem, sendo necessário o ingresso de ações cíveis que emperram quanto ao pagamento, sendo cabível um questionamento neste particular no sentido de tentar implementar também neste particular a metodologia das demandas estruturantes.

Deste estudo de caso à teor de detalhar alguns aspectos do que para efeito desta tese de denomina macro expressões do Processo Constitucional Substancial Plural, se evidencia a necessidade de uma articulação no nível interno e internacional e uma nova forma de considerar a pluralidade transnacional, ou transistêmica ou interlegal.

Procurou se demonstrar também que o Caso Corumbiara foi um episódio marcante e decisivo que viria a influenciar as Políticas Públicas no tocante aos conflitos sociais bem como ensejar novas formas de resolução de conflitos no campo e nas cidades.

Por estas razões o pluralismo jurídico é uma realidade inegável e indispensável seja enquanto conceito acoplado a noção de Processo Constitucional substantivo, seja enquanto emanação do sujeito constitucional. Do ponto de vista técnico formal pode tomar corpo tanto a partir tanto das microexpressões quanto das macros expressões do Processo Constitucional Substantivo.

Obviamente todo este processo de integração das categorias pluralismo jurídico, processo constitucional substantivo e preservação do sujeito constitucional expresso na tradição constitucional específica implica numa nova forma de se conceber o direito.

O reconhecimento do pluralismo jurídico incorporado visceralmente no processo constitucional substantivo requer uma natureza flexível no trato da realidade jurídica para comportar as plúrima manifestações de direito, justiça e expressões sociais de vida a necessidades próprias dos sujeitos destinatários das normas.

Este exercício hermenêutico, exige que haja uma visão mais ampla, inclusiva, sofisticada e tecnologicamente mais avançada pois implica em reconhecer e incluir outros elementos que originariamente não estariam presentes nas decisões judiciais e até mesmo a sobreposição de outros sistemas jurídicos e instâncias diversas nacionais e internacionais.

O reconhecimento da competência e jurisdição de Tribunais especializados ou que ensejem a criação de Cortes especializadas, para operar como os casos complexos, oriundos desta condição de pluralismo jurídico, não exclui formas já existentes e alternativas de resolução de conflitos, mas que venham a incorporar estas especificidades da pluralidade de fontes normativas.

O processo constitucional substantivo como aqui desenvolvido pressupõe a participação ativa dos diferentes sujeitos constitucionais na edificação, significação, alcance e consolidação da interpretação das normas constitucionais em sua concretude histórica numa perspectiva de um sujeito constitucional que constitui e se constitui também historicamente.

Tal processo se dá a partir das categorias da inclusão, numa visão plural, misericordiosa, holística que propicie a todos a voz e a vez em iguais condições de dignidade como condição básica de se edificar uma sociedade de fato justa, fraterna e solidária como fundamentos verdadeiros e sólidos de uma nova sociedade.

Enfim, desta forma a teoria de sujeito constitucional agregada ao pluralismo jurídico e o processo constitucional substantivo são elementos de uma única e coesa dimensão hermenêutica e por estarem interconectados em sua essência, compartilham a perspectiva de uma ordem jurídica mais inclusiva, participativa e respeitosa, senão misericordiosa à diversidade de vida e manifestação de vida, assegurando a efetividade dos direitos e valores constitucionais “plurocráticos”.

5.3 CEGUEIRAS E ILUMINAÇÕES SISTÊMICAS E OS RISCOS SISTÊMICOS PARA A DEMOCRACIA – UMA SOCIEDADE EM REDES

À guisa de ilustrar toda a riqueza hermenêutica trazida pelo pluralismo e inspirada no constitucionalismo Latino-Americano, como acima exposto é de se mencionar o Projeto de Lei nº 007/2023[1284] da Câmara dos Vereadores da cidade de Guajará Mirim em Rondônia[1285], cujo autor é o vereador de etnia indígena, Francisco Oro Waran, cujo teor versa sobre o reconhecimento dos “direitos” do Rio Laje, conhecido entre a população nativa como Komi Memen o qual estabelece especial

[1284] GUAJARÁ MIRIM (RO). Câmara dos Vereadores. **Projeto de Lei nº 007/2023**. Disponível em: https://bit.ly/3ucC6cD. Acesso em: 25 jun. 2023.

[1285] GABRIEL, João. Cidade em Rondônia aprova primeira lei que garante direitos a um rio: Texto afirma que o rio Laje tem o direito de “manter seu fluxo natural”, “nutrir” e “ser nutrido”. **Folha de S.Paulo**. 22 jun. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3Oh3ixJ. Acesso em: 25 jun. 2023.

proteção visando segurança alimentar, preservação da biodiversidade e a integridade do ecossistema local, sendo a primeira legislação no Brasil com este teor.

Uma vez aprovado será o primeiro caso no Estado brasileiro de "reconhecimento dos direitos a um rio". No capítulo 2 desta tese, ao se falar sobre Pluralismo Jurídico, foram mencionados outros casos que versavam sobre o reconhecimento Jurídico do Rio Vilcabamba , enquanto sujeito de direitos, mas não havia nenhum registro específico em relação ao Brasil, razão do interesse por este dado de grande relevância e utilidade a servir como pano de fundo para ilustrar a comprovação do problema de pesquisa inicialmente proposto.

Ou seja, indagar se da conjugação das noções e dos institutos do Processo Constitucional Substancial, do Pluralismo Jurídico e da Identidade do Sujeito Constitucional, poderia advir uma construção teórica coesa e interrelacionada que servisse de instrumento para se construir novos paradigmas socioambientais.

Determina o aludido Projeto de Lei em seu art.1º[1286] que se "reconhecem" os "direitos intrínsecos do Rio Laje/ Komi Memen" como um "ente vivo e sujeito de direitos e de todos os outros corpos d´água e seres vivos que nele existam naturalmente ou com quem ele se inter-relaciona" incluindo os seres humanos na medida em que são "inter-relacionados num sistema interconectado, integrado e interdependente".

O paradigma antropocêntrico é rompido passando a existir uma nova forma relacional entre o homem e a natureza nos moldes de um ambientalismo profundo. A noção includente e misericordiosa da vida humana e não humana é evidente.

O art. 2º[1287] determina que dentre "os direitos do Rio Laje" e "outros entes relacionados" ficam reconhecidos os direitos de (I) "manter seu fluxo natural e em quantidade suficiente para garantir a saúde do ecossistema"; (II) "nutrir e ser nutrido pela mata ciliar e as Florestas do entorno e pela biodiversidade endêmica"; (III) "existir com suas condições físico-químicas adequadas ao seu equilíbrio ecológico"; (IV) "inter-relacionar-se com os seres humanos por meio da identificação biocultural, de suas práticas espirituais, de lazer, da pesca artesanal, agroecológica e cultural."

A dimensão não materialista capitalista baseada na acumulação, no lucro, na extração de interesses de ordem material característicos da estrutura da

[1286] GUAJARÁ MIRIM (RO). Câmara dos Vereadores. **Projeto de Lei nº 007/2023**...
[1287] GUAJARÁ MIRIM (RO). Câmara dos Vereadores. **Projeto de Lei nº 007/2023**...

civilização ocidental é substituída por um paradigma que inclui elementos culturais e espirituais o que evoca uma forma de viver, relacionar e ser em relação aos seres da natureza albergando uma normatividade eivada de outros valores próprios das comunidades nativas.

O art. 3º[1288] determina que o Rio Laje e os seres inter-relacionados devem ser “protegidos e manifestarem seus requerimentos e vozes por guardiões legais” e que estes guardiões o representarão publicamente “atuando como conselheiros do Poder Público e da comunidade no exercício destes direitos”.

Aqui a materialização da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição a que Peter Häberle faz menção é evidente, a noção de participação da sociedade, a participação dos guardiões como protetores da natureza, não como exploradores ou dominadores da natureza, a ideia de que um Rio é livre para ser um rio, fluir, é uma concepção que a cultura ocidental atual está muito longe de compreender em todas as suas consequências existenciais e socioambientais.

O art. 4º[1289] determina que o Poder executivo regulamentará esta lei para criar o Comitê de tutela dos interesses do Rio Laje Comitê Guardião, que atuará como guardião dos direitos estabelecidos nesta lei, participando de todos os processos decisórios públicos alberga a noção de que todos os afetados pelas decisões de poder dever ter uma participação ampla e ativa do ponto de vista da legitimação democrática como apresentado por Habermas e tantos outros pensadores, sociólogos, antropólogos, filósofos e juristas.

O art. 4º, § 1º,[1290] determina que o “Comitê Guardião” deverá ser eleito a partir de indicação comprovada dos membros de sua comunidade, sendo obrigatória a participação das seguintes representações representantes da comunidade indígena Igarapé Laje, membro da comunidade de pescadores, representante da organização Oro Wari, representante das mulheres artesãs indígenas e um representante da Universidade Federal de Rondônia.

Novamente, o amplo sentido comunitário expressa a complexidade e, ao mesmo tempo, a simplicidade de uma filosofia inclusiva, onde o feminino é valorizado, fazendo alusão à ideia da Pachamama, a "mãe terra". Infelizmente, essa imagem tem sido desfigurada não apenas pelas violências ambientais de fato, mas

---

[1288] GUAJARÁ MIRIM (RO). Câmara dos Vereadores. **Projeto de Lei nº 007/2023**...
[1289] GUAJARÁ MIRIM (RO). Câmara dos Vereadores. **Projeto de Lei nº 007/2023**...
[1290] GUAJARÁ MIRIM (RO). Câmara dos Vereadores. **Projeto de Lei nº 007/2023**...

também por um discurso antinatureza, brutal e perverso que tomou conta do Brasil nos últimos anos, baseado em mentiras e calúnias. Esse cenário chegou ao ponto de associar a proteção ambiental e a preservação ao retrocesso e à decadência civilizacional.

O preconceito mesclado à ignorância tem como que cegado grande parte da sociedade brasileira, tornando-a insensível e até agressiva em relação às ideias mais sublimes e decentes sobre o homem, a natureza e sua relação sistêmica e holística com essas realidades de fundo espiritual e cultural.

Além disso, a lei também evoca uma dimensão de procedimentalidade, posto que nada será decidido sobre a vida do Rio sem que os guardiões legais tenham se manifestado de forma coletiva, num contexto de legitimidade e ampla participação democrática, acolhendo a normatividade oriunda do reconhecimento da pluralidade de valores de uma cultura nativa, sem excluir a participação estatal.

Também não pode ser excluído o próprio dever do poder público em dar guarida à proteção e preservação dos direitos do Rio e dos seres. Curiosamente, numa perspectiva sistêmica, não há como proteger o Rio sem proteger os seres que o circundam.

Daniel Goleman,[1291] conhecido no Brasil desde os anos 1990, principalmente por ter publicado uma série de livros introduzindo as noções sobre Inteligência Emocional, desenvolvidas há décadas nas linhas de pesquisa de Harvard, publicou um livro sobre a importância da atenção na vida pessoal, corporativa, familiar e comunitária.

Esse livro traz estudos sobre neurologia e neurociência, descrevendo basicamente a anatomia da atenção, os sistemas neurológicos e sua interação orgânica, destacando a natureza eminentemente sistêmica de todo o funcionamento cerebral e orgânico. Analisa também o papel da autoconsciência, da leitura social, individual e corporativa, traz os estudos recentes sobre a importância dos padrões tanto no processo de aprendizagem quanto do ponto de vista coletivo, analisando a relação do reconhecimento dos padrões para evitar cegueiras sistêmicas e perceber ameaças distantes. Por fim, aborda o papel de todos esses elementos na formação das lideranças.

O que chama a atenção destes estudos é a abundância de dados

[1291] GOLEMAN, Daniel. **Foco**: a atenção e seu papel fundamental para o sucesso. 11. reimp. Tradução: Cássia Zanon. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 135-137.

concatenados nas mais diversas áreas de estudo, pedagogia, psicologia, filosofia, economia, toda a parte da informática e tecnologia de ponto e a grande visão dos grandes percussores dos processos de descobertas que se por um lado criaram fortunas pessoais por outro lançaram o conhecimento científico da humanidade muitos séculos à frente e como as cegueiras sistêmicas podem ter consequências trágicas em especial para os grandes líderes mundiais posto que suas decisões são de grande repercussão.

O leitor poderia estar se perguntando o que este conjunto temático tem a ver com uma tese jurídica que versa sobre Processo, Pluralismo e a natureza e desenvolvimento do sujeito constitucional. Pois bem, a resposta é que tem tudo a ver, aliás, sem estas percepções de foco, visão sistêmica e padronizações e sem o conhecimento da natureza e consequências das cegueiras sistêmicas e das iluminações sistêmicas a própria democracia é ferida de morte.

Um sistema jurídico que não seja capaz de se perceber dentro de um sistema maior e que se relacione sistemicamente com as esferas da política ao tratar de legitimidade e contenção do poder, com a economia ao analisar os limites e possibilidades e impactos dos gastos públicos na promoção de políticas públicas que precisam ser executadas em conjunto e sem se evitar cegueiras sistêmicas que arruínam sistemas inteiros relegando-os à total ineficiência não é possível se construir um modelo básico minimamente racional.

Neste ponto específico em comento observe-se que o pluralismo é essencialmente reconhecimento de padrões, compreensão sistêmica e enfrentamento aos pontos cegos dentro de um circuito sistêmico. Apenas cita-se uma das diversas situações relatadas por Goleman nesta obra que serve como uma expressiva metáfora para demonstrar isso e assim conectar mais esta ponta ao estudo ora desenvolvido nesta tese.

Goleman narra um caso ocorrido no sudeste da Ásia em meados de 2004, ao analisar as tradições culturais dos povos nativos daquela região o impacto da tecnologia de localização por GPS e outros sistemas eletrônicos estava destruindo uma tradição milenar conservada e transmitida a cada geração pelos polinésios e outros povos.

Tais civilizações historicamente, trazem uma leitura do ecossistema muito particular para interpretar os fenômenos da natureza, o padrão sonoro do som do oceano, dos ventos, a forma, direção e velocidade do voo das aves e os sons que

emitiam, o comportamento dos insetos, animais, flores, nuvens, tonalidade do céu, até a densidade do ar, enfim, tudo era levado em conta, inclusive fatores subjetivos, sensações, estados de alma coletivo e individual.

Havia um grupo dentre estes que se mantinha fiel as antigas tradições e num certo dia perceberam que algo substancial estava em processo de mudança nos padrões percebidos, aquilo só poderia ser interpretado de uma forma. Se as aves abandonam determinado lugar e as coisas se tornam estranhas com reações estranhas do meio ambiente era tempo de mudança e assim pensando como há milênios faziam, toda a população daquelas ilhas migrou para outras regiões conforme foram observando o meio ambiente com o qual se interconectavam e ali ficaram por semanas.

Ao retornarem tempos depois, encontraram algo indescritível: sua ilha havia sido devastada no mesmo dia em que mais de 250 mil vidas humanas haviam se perdido com o tsunami que arrasou toda aquela região. A linguagem de uma rede cognitiva compartilhada, que inclui homens e natureza consolidada na sabedoria nativa, é a base de toda a ciência que depois se especializou nos mais diversos ramos, mas o tronco é o mesmo.

O povo nativo dos “moken” que são nômades marítimos ao perceberem o vô das aves, seu súbito recolhimento expresso no silêncio e os golfinhos que rumavam todos para o alto mar foram os sinais decisivos para os nativos subirem em suas embarcações tradicionais e os seguirem até o ponto preciso em que a crista do tsunami não passava de uma pequena onda e passou direto por todos eles não causando danos algum e ganhando velocidade e altura na medida em que se aproximavam do litoral.

A cegueira sistêmica provocada pela confiança cega na tecnologia e no abandono dos saberes comunitários foi a causa da condenação de milhares ao passo que a percepção integrada e sistêmica dos movimentos do ecossistema foi a causa da salvação de todos os habitantes da ilha.

Quando se pondera sobre a maneira como o meio ambiente vem sendo tratado no Brasil, com os riscos sistêmicos da poluição dos rios por agrotóxicos e a gradual destruição de matas ciliares e da Floresta Amazônica, torna-se evidente a presença de uma nuvem de cegueira sistêmica. Isso é especialmente notável na narrativa destrutiva contra temas sensíveis como a proteção dos povos indígenas, preservação ambiental e educação ambiental.

Para aqueles que consideram meros moralismos a defesa dessas pautas socioambientais, é importante observar que essa névoa de ignorância não afeta apenas a preocupação com os povos da floresta e a derrubada das matas para extrair minérios, à custa da morte dos rios, peixes e guardiões naturais das matas. Ela se estende também à prática de derrubar a maior e mais diversificada floresta do mundo para plantar milho e soja.

É também uma cegueira sistêmica imaginar que a economia de um país deve se sustentar com base em uma concepção irracional e predatória de desenvolvimento, sem considerar a ampliação das estratégias industriais para ganhar espaço na área automobilística. Em um país que possui a Embraer, composta também por capital público, capaz de colocar foguetes e satélites no espaço e que ainda assim não fabrica um único automóvel nacional, a inação é incompreensível.

Logicamente, acordos e interesses mantêm países como o Brasil com as porteiras dos seus seleiros trancadas, sem desenvolver tecnologia de ponta, sem preparar eficientemente um exército de pesquisadores e sem produzir riquezas que não sejam geradas quase que exclusivamente a partir de atividades primárias.

Tais atividades, como extração mineral bruta e produção de grãos, gado, frango e porcos para exportação para outros países, os quais reexportam tais produtos, contudo com a inserção de melhorias e aperfeiçoamentos visando lucrar com o valor agregado, demonstram a necessidade de uma revolução na estrutura industrial brasileira.

Essa transformação se torna ainda mais premente diante do fato de que esses produtos, após serem exportados, retornam ao país com um valor agregado infinitamente maior do que a totalidade da indústria extrativa e baseada em grãos e proteína animal. No entanto, os setores seguem inalterados.

É evidente que neste processo todo existe muitos caminhos a serem trilhados, mas sem dúvida alguma o primeiro passo seria sair desta nuvem de cegueira sistêmica para conciliar a sustentabilidade com políticas sólidas a partir de escolhas estratégicas.

Se, por um lado, a cegueira sistêmica impede que um sistema de justiça seja eficiente e justo o suficiente, por outro, a identificação de padrões sistêmicos pluralistas que reconheçam a importância de outras formas de percepção e leitura do mundo é não só uma estratégia inteligente, mas também a única que se

apresenta como adequada. Continuar como está apenas intensificará as consequências trágicas já vivenciadas e que ainda se agravarão.

Não há outra forma de compreender o fenômeno jurídico senão a partir de uma visão sistêmica e pluralística. Isso se deve ao fato de que o direito não produz as formas de vida da sociedade originalmente existentes; ao contrário, ele emerge da vida. O conceito transborda da existência, e não a existência do conceito. Não há outra existência senão aquela que o ser humano é capaz de compreender a partir de si e do ambiente com o qual interage, mesmo que lhe falte a consciência sobre isso.

Todas as teorias jurídicas, formas de vida social, regras e valores nos diversos setores da vida humana foram criados, inventados, concebidos num mundo que poderia ser diferente. A economia não precisava ser baseada na acumulação e no lucro, o direito não precisava ser necessariamente individualista, egoísta e patrimonialista. As noções de propriedade, família, leis e justiça, assim como as ideias sobre formas de governo, regimes políticos e sistemas políticos, não precisavam ser necessariamente como são.

A democracia não precisava ser apenas um sistema de ordem representativa. O tempo demonstrou que, além disso, ela pode ser compreendida como um valor e, nesse sentido, pode agregar concepções holísticas de vida, de forma a ser compreendida como um valor misericordioso e inclusivo. Os conceitos clássicos de personalidade jurídica, capacidade e outras ficções legais nada significam além de meras construções legais, imaginárias.

Assim, pode-se compreender com toda naturalidade que há uma fraternidade universal em um mundo e em um universo plural. Assim como cordas quânticas conectam todos os corpos celestes, como dizem as escrituras que Deus sustenta a Terra num fio de prata e todos os corpos entre si, não é incomum pensar numa irmandade que inclua humanos, animais, seres inanimados, o microcosmo e o macrocosmo. Tudo está integrado e funciona de acordo com os ciclos naturais da vida.

A excessiva cientificidade ou pseudocientificidade da linguagem jurídica entope os ouvidos e os corações com conceitos intermináveis. A criação incessante de teorias para aparentar novidades apenas afasta o espírito humano do confronto com suas verdades mais evidentes. A existência de guerras, miséria e destruição da natureza é o prenúncio de uma verdade tão antiga e tão nova quanto o mito da caverna de Platão. Em verdade, a humanidade nunca chegou a sair da caverna do

seu próprio egoísmo e cegueira.

É sobre esta cegueira do homem contemporâneo que o Papa Francisco encaminha para a humanidade as Encíclicas *Laudato si* e *Fratelli Tutti* no sentido de advertir a humanidade dos riscos que está assumindo dia a dia. Ambos os documentos pontifícios são expressões eloquentes do paradigma pluralista.

Na *Encíclica Fratelli Tutti*,[1292] o Papa Francisco recorda que São Francisco de Assis, escrevia aos seus irmãos e irmãs para lhes apresentar uma forma de vida em uma perspectiva de um horizonte de sentido evangélico, ao apresentar como valores de uma nova civilização o amor que valha o peso de sua palavra, no sentido de ter forças para romper obstáculos, ultrapassar barreiras geográficas para alcançar a todos os irmãos em uma fraternidade mundial, reconhecendo o valor de se viver uma fraternidade aberta, includente, indiscriminada, amorosa e amistosa.

Franciso, o Santo, que se sentia de fato e vivia como sendo" irmão do sol, do mar e do vento", "semeou paz por toda a parte e andou junto dos pobres, abandonados, doentes, descartados, dos últimos".

Na Encíclica, a Laudato si,[1293] o Papa Francisco também se refere aos ensinamentos e à vida de Francisco de Assis, advertindo a humanidade sobre a necessidade do cuidado para com a casa comum, partindo do cântico de louvor de São Francisco alude para a necessidade do cuidado com a mãe terra, que a todos sustenta, governa, produzindo frutos com flores coloridas e verduras.

Denuncia que esta irmã clama contra o mal que o ser humano está provocando devido ao uso irresponsável e abusivo dos bens em comum que não são partilhados com justiça, pois o homem se habituou a se sentir proprietário, dominador e por isso estaria autorizado a saquear a Terra, não de zelar, cuidar e amar o que é de todos.

Menciona ainda que a violência no coração humano, ferido pelo pecado, se exterioriza nos sintomas de doenças materializadas pela contaminação da terra e dos rios, da água, do ar, de todos os seres vivos e arrisca se estender a outras gerações e com a terra devastada, oprimida e desprezada estão também os pobres de Deus, abandonados e maltratados.

[1292] VATICANO. **Carta Encíclica Fratelli Tutii do Santo Padre Francisco**: sobre a fraternidade e a amizade social. 3 out. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3SvAfsU. Acesso em: 12 jan. 2024.

[1293] VATICANO. **Carta Encíclica Laudato Si do Santo Padre Francisco**: sobre o cuidado da casa comum. 24 maio 2015. Disponível em: https://bit.ly/3Svf22f. Acesso em: 12 jan. 2024.

A Encíclica assume uma postura socioambiental e toca nos problemas mais urgentes da humanidade. O contexto de pluralismo em que está inscrita, está a confirmar que também sob o prisma da doutrina social e ambiental da Igreja, o ser humano se põe cada vez mais em perigo, sendo necessário retroceder, enquanto ainda há esperança.

Vandana Shiva, cientista e ativista ambiental tem desenvolvido estudos aprofundados sobre as relações entre as aplicações da genética à botânica traçando as relações de dominações das grandes empresas globais sobre a produção de sementes transgênicas no mundo todo.

Vandana Shiva[1294] tem associado o sócio ambientalismo ao eco feminismo, sustenta que as noções eurocêntricas de propriedade e pirataria tem pavimentado o discurso legitimador das leis de Direitos de Propriedade Intelectual estrategicamente fortalecidas, consolidadas e globalizadas a partir do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (Gatt) e das práticas negociais da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Para a autora indiana o antigo processo de pirataria toma novas roupagens a partir da "Pirataria através das patentes" ilustrando isso com a ideia de que seria como que uma "segunda chegada de Colombo" e o instituto jurídico das patentes seria como que "os processos de colonização praticados nos séculos XV e XVI.

Assim como no passado, ainda hoje faz com que os poderes ocidentais sejam dotados do forte impulso colonizador de descobrir e conquistar, de deter e possuir tudo, as sociedades, as culturas e o processo de colonização se estendem para os espaços interiores, os códigos genéticos dos seres vivos, desde micróbios e plantas, até animais, incluindo seres humanos.

Shiva escreveu isso no contexto das sementes geneticamente modificadas, não havia ainda projetos como da empresa Neuralink, de Elon Musk,[1295] com pretensões das conexões neuro-cerebrais com a nanotecnologia de microchips ou outros dispositivos semelhantes sob o argumento de finalidades humanitárias.

[1294] SHIVA, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2001, p.26.

[1295] **G1. Agência dos EUA autoriza empresa de Elon Musk a realizar estudos para implantes cerebrais em humanos Neuralink diz que está desenvolvendo um implante que vai ajudar pessoas com paralisia a andar novamente e tratar doenças neurológicas. 25 maio 2023. Disponível em: http://glo.bo/495xtjp. Acesso em: 15 jun. 2023.**

Voltando na linha do tempo, quando Rachel Carson[1296] no início dos anos 60 publicou um livro intitulado “Primavera Silenciosa”[1297] chamou a atenção para a questão ambiental, a partir de fundamentos científicos e de preocupações sistêmicas, entremeado de desenhos bucólicos de suaves traços artísticos.

Ninguém poderia imaginar o grande impacto que traria mundialmente a temática abordada, diante das questões que se revelaram as mais sensíveis à humanidade, nem a fúria que aos poucos discursar sobre estas questões iria desencadear nas grandes corporações nacionais e transnacionais.

Carson[1298], narra no seu livro que no Lago Clair na Califórnia houve o combate de um certo tipo de mosquito com o DDT (dicloro-difenil-tricloro-etano) cuja utilização em grande escala se notabilizou para uso militar em soldados, refugiados e prisioneiros, e que ao se fazer um controle de toxidade não se achava nenhum resquício do veneno nas águas do rio o que deu a falsa impressão de que estava havendo uma boa absorção do veneno para o controle da suposta praga, considerando os parâmetros de toxidade por mililitro de agua e pelas partículas da substancia tóxica.

Contudo, somente quando as primeiras primaveras silenciosas começaram a surgir sem o ruído dos peixes nas águas nem o cantar dos pássaros se percebeu que a intoxicação não se dava de forma individual, tudo fazia parte de uma só realidade, tudo estava interligado.

Os peixes, as aves e outros seres daquele ecossistema estavam infinitas vezes mais intoxicados do que poderiam supor os parâmetros científicos da época[1299], orientados por uma visão cega da ciência da época, uma verdadeira cegueira sistêmica, que não consideravam a vida como uma expressão sistêmica, uníssona, holística.

Foi o começo de uma mudança de percepção que engendrou o início de crescentes movimentos e estudos nos mais diversos níveis sobre a interação entre o homem e a natureza. Recuperar a dignidade da vida a partir do rompimento do paradigma antropocêntrico é um primeiro passo de uma longa caminhada.

O desafio de uma Amazônia cada vez mais acossada pelos grandes

---

[1296] CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2. ed. Tradução: Raul de Polillo. São Paulo: Melhoramentos, 1962, p. 30.

[1297] CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**... p. 30.

[1298] CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**... p. 30.

[1299] CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**... p. 57-59.

interesses econômicos que extrapolam as necessidades do plantio e esquecem a racionalidade de se compreender que sem uma natureza equilibrada não há economia alguma que possa se equilibrar é em si algo assustador.

As propostas de se pensar em estruturas jurídicas substancialistas como a que ora se apresentou através das noções de Processo Constitucional Substancial aliado ao Pluralismo Jurídico seja enquanto concepção filosófica e valorativa, seja enquanto uma metodologia técnico-científica visando dar plena liberdade ao sujeito constitucional é uma construção complexa, difícil e muito trabalhosa, talvez até utópica, mas que parte enquanto proposta jurídico científica.

Parte-se do pressuposto de que nenhuma instituição, metodologia, construção teórica terá finalidade ou utilidade diante de uma natureza e uma humanidade arrasadas, pois quem ouvirá os gritos da humanidade, durante as longas e dolorosas primaveras silenciosas?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão, é importante observar que alguns objetivos foram estabelecidos inicialmente e sistematicamente alcançados. O capítulo 1 buscou estabelecer um diálogo entre a teoria e a prática dos direitos fundamentais e humanos numa perspectiva plurocrática sob o paradigma pluralista, e esse objetivo foi efetivamente alcançado ao longo da exposição do tema.

O objetivo do capítulo 2 era compreender a interação dinâmica do Processo Constitucional com o pluralismo jurídico, tanto do ponto de vista material quanto processual. Isso se deve ao fato de ser o Processo Constitucional responsável por avaliar a compatibilidade material desse direito com a Constituição na efetivação dos direitos fundamentais. Este objetivo foi alcançado ao demonstrar a essência da identidade constitucional do Pluralismo Jurídico.

No capítulo 3, o objetivo era, uma vez estabelecidas as bases ontológicas do pluralismo como categoria emancipatória, inclusiva e ecológica, avaliar especificamente o pluralismo jurídico em um recorte fisiológico e anatômico.

Para tanto, realizou-se uma análise exaustiva do Pluralismo Jurídico, da hipercomplexidade e da emergência de paradigmas complexos, bem como de suas conexões com os elementos do Pluralismo Jurídico e do Processo Constitucional Substancial. Isso incluiu a análise das codificações legais e do pluralismo tanto na realidade local quanto global. Diante disso, o objetivo proposto foi alcançado.

O objetivo do capítulo 4 era destacar aspectos específicos relacionados ao Sujeito Constitucional, abordando-os sob uma perspectiva jurídica, mas dentro do contexto mais amplo da psicanálise, a fim de elucidar ainda mais o objeto da tese. Para isso, foram analisadas diversas manifestações do sujeito constitucional, suas expressões em menor e em maior grau, e as patologias do sujeito constitucional foram descritas como "sombras constitucionais".

O aporte teórico da psicanálise foi utilizado no âmbito do direito como um elemento que proporciona uma sofisticação conceitual na Teoria da identidade do Sujeito Constitucional de Michel Rosenfeld.

O objetivo do capítulo 5 foi identificar o propósito geral da tese ao buscar conectar os três eixos centrais: o Processo Constitucional Substantivo, o Pluralismo Jurídico e a noção da identidade do Sujeito Constitucional. Este objetivo foi alcançado, uma vez que a consolidação da tese resultou em uma fusão, construindo

um aparato hermenêutico suficientemente capaz de oferecer uma alternativa para romper com o paradigma do centralismo estatal na produção e aplicação da norma.

A tese e todos os seus elementos constitutivos, ao serem aplicados aos diversos estudos de caso, apresentaram os resultados esperados. Foi capaz de oferecer várias possibilidades hermenêuticas em conformidade com a dogmática jurídica, visando soluções processuais mais justas, humanas e sensatas, sem recorrer a decisionismos, ao monopólio estatal único da juridicidade ou a ativismos judiciais desproporcionais e irracionais.

Identificou-se um desacoplamento entre a aplicação efetiva da justiça e seus resultados práticos, algo intrínseco ao Estado Democrático de Direito e ao Estado Republicano. Concluiu que é essencial limitar o sentido das leis aos parâmetros de racionalidade e proporcionalidade, sempre vinculados aos valores de uma Democracia participativa e aos valores republicanos.

Dentro da temática do Pluralismo do Sujeito Constitucional como vetor interpretativo do Processo Constitucional Substantivo, examinou-se o acoplamento estrutural entre as dimensões jurídica e política do Processo, em meio a múltiplas manifestações do sujeito constitucional no contexto do Pluralismo Jurídico. Isso foi considerado como condição essencial para o funcionamento do Estado Democrático de Direito, cuja essência é a interligação entre os direitos fundamentais e a Democracia.

Não é suficiente aplicar a lei sem considerar as consequências da sua aplicação, levando em conta os fins, a adequabilidade, a razoabilidade e a proporcionalidade. A legalidade e a legitimidade precisam ser rearticuladas de forma que a aplicação da lei não resulte em injustiças, absurdos, incongruências ou na completa distorção do direito, evitando assim a emergência de injustiças decorrentes dessa aplicação.

Nesse contexto, a noção de Processo Constitucional Substancial oferece contribuições significativas para fundamentar a tese defendida. A ideia de devido processo substancial sempre se preocupa com a construção de decisões legais pautadas pela razoabilidade, proporcionalidade e alinhadas aos valores republicanos e democráticos. Essa abordagem reflete a concepção de um Direito Democrático e a evolução do próprio processo enquanto instituição ajustada aos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

As leis estão presentes em todos os lugares e abrangem uma variedade de preferências. Cabe ao operador do Direito escolher aquelas leis que possam promover a justiça social, decisões racionais e equitativas, evitando prejudicar os mais vulneráveis, escandalizar os frágeis e abandonar os desamparados. As leis devem ser imparciais com os fortes, compassivas com os pequenos, simbolizando simultaneamente rigor e compreensão, eficácia e equilíbrio, Lei e Justiça.

Ao reunir as categorias de Processo Constitucional Substancial e Pluralismo Jurídico, observa-se uma dimensão mais ampla e um grau mais intenso de complexidade. Isso suscita outras questões práticas que não apenas questionam a capacidade técnica dos advogados para lidarem com questões constitucionais desde a origem dos conflitos, mas também para apresentarem esses conflitos de maneira técnica aos Tribunais Constitucionais.[1300]

Por outro lado, surge a questão da qualidade dos juízes que compõem os tribunais, implicando diretamente na qualidade de suas decisões. Especialmente as decisões constitucionais demandam um aprimoramento mais meticuloso.

A amplitude de horizontes abordada neste trabalho refere-se à maneira como o direito é efetivamente realizado, compreendendo as formas de expressão do monismo jurídico. Isso significa não renunciar à técnica, mas ir além, abraçando o pluralismo. Em teoria, o pluralismo pode estar presente até mesmo em uma ação individual, desde que essa ação expresse fundamentação baseada no pluralismo jurídico.

Portanto, o sentido de pluralismo não possui um caráter estritamente quantitativo, embora isso possa ocorrer. Antes de tudo, ele se fundamenta no aspecto qualitativo de um determinado direito, uma vez que as complexidades não se limitam apenas a aspectos numéricos. Essas complexidades não podem ser simplificadas por uma fórmula matemática ou por alguma técnica mais densa de produtividade em relação à quantidade de sujeitos.

A tese buscou identificar que a Constituição é um sistema formado por regras e princípios, e o Processo Constitucional emerge como a disciplina que estuda as garantias processuais no âmbito dos direitos fundamentais. Essas garantias, por estarem situadas na dimensão constitucional, integram o núcleo dos

[1300] Menciona-se aqui “Tribunais” porque está se referindo ao conjunto das Cortes Constitucionais das diversas nacionalidades.

direitos fundamentais ou humanos, conforme a argumentação derivada de uma interpretação sistemática dos institutos do Processo Constitucional.

Além disso, destaca-se como um componente essencialmente distinto a complexidade dos fenômenos sociais e jurídicos, bem como a grande dificuldade enfrentada pela dogmática jurídica. Nesse contexto, a dogmática é entendida como o "direito positivado" e enfrenta desafios particulares ao lidar com determinadas questões.

A estrutura originariamente concebida pela dogmática jurídica para a solução de fenômenos intersubjetivos revela-se desafiadora quando aplicada a fenômenos multitudinários. Mesmo que, dogmaticamente, as estruturas processuais se mostrem de natureza coletiva, massiva e complexa, a racionalidade que guia a forma de pensar, agir e fundamentar as decisões em contextos multitudinários é exatamente a mesma que rege os conflitos entre as partes. Isso porque não se trata apenas de uma técnica ou da indicação de um conjunto de artigos.

Neste ponto, a base estrutural é mais densa, pois, na realidade, os poderes do Estado não foram inicialmente preparados de forma burocrática, humana e institucional para lidar, raciocinar e resolver demandas em massa, garantindo direitos fundamentais a uma generalidade anônima de indivíduos. Isso ocorreu às vezes em um horizonte autoritário, onde ainda persistia o autoritarismo.

A inclusão nos currículos de formação de promotores, procuradores, magistrados e advogados destaca precisamente essa dimensão dialógica, estrutural e comunitária, confirmando assim esse argumento.

É que após 1964, não era concebível imaginar o povo nas ruas, nos sindicatos, nos campos e nas cidades, nas fábricas e nas associações civis, nas escolas, universidades e igrejas, na imprensa e, mais recentemente, nos meios digitais, manifestando-se por direitos de maneira tão abrangente e simultânea.

O direito existente, mesmo reformulado à luz de uma nova Constituição, não foi concebido para uma sociedade totalmente emancipada, nem para um Direito Constitucional que não fosse agressivo ou omisso, dependendo a quem se dirigia a tutela estatal e a constelação de interesses.

Pode existir um direito abusivo, conduzido a tal ponto que nem os juízes, nem os cidadãos, nem as próprias instituições, sabem com clareza qual o seu lugar no concerto democrático. Isso se evidencia na discussão sobre o ativismo judicial,

por exemplo, que agora toma novos contornos na resistência às propostas de demandas ou litígios estruturais.

Eis o desafio jurídico-constitucional do pluralismo jurídico, que foi inicialmente abordado e explorado ao longo da pesquisa para evidenciar a inadequação dos instrumentos processuais tradicionais na resolução de demandas de interesses coletivos ou individuais, caracterizadas por uma natureza pluralista, resultando em inúmeros e crescentes casos de injustiças.

Por outro lado, na presente tese, buscou-se examinar essas relações por meio do instrumental teórico do "Pluralismo Jurídico", suas concepções ideológicas e a importância da proteção dos direitos fundamentais a partir de uma visão sistêmica e plural. Essa abordagem é considerada condição essencial para a eficácia da Constituição por meio do Processo, como expressão concreta do acoplamento estrutural entre Direitos Fundamentais e Democracia.

Não há, no cenário jurídico, um tema que aborde o Processo Constitucional sob a perspectiva do pluralismo jurídico, com a dimensão da teoria do sujeito constitucional como elemento de ligação. A originalidade do tema, a abordagem dos elementos constitutivos da tese e sua íntima correlação despontam nesse contexto. Assim, destaca-se a relevância e utilidade do estudo. O tema possui uma densidade social significativa e é abordado como um compromisso com a promoção da cidadania, ao propor soluções para demandas complexas e oferecer uma fundamentação suficientemente robusta para resolver casos constitucionais difíceis.

Por outro aspecto, destaca-se a importância da temática como um contraponto às inúmeras situações frequentemente mal resolvidas na prática constitucional e mesmo infraconstitucional. Além disso, é um tema oportuno e necessário, especialmente diante das crescentes complexidades da vida moderna.

Ao abordar os direitos fundamentais sob a perspectiva do pluralismo, torna-se indispensável recorrer aos estudos de Adriana da Costa Schier e Paulo Ricardo Schier.[1301] A expressão "Processo Constitucional", como demonstrado, não pode ser abordada de forma restritiva a ponto de associá-la apenas ao estudo das ações constitucionais previstas na Constituição, como o controle de constitucionalidade ou outros aspectos que implicariam conferir à expressão uma conotação meramente

[1301] SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**, v. 1, 2014, p. 45-59.

instrumental do Direito Positivo ao tratar das ações coletivas em geral.

É crucial reconhecer a dimensão de legitimidade no aspecto substantivo do Processo Constitucional. Processo e Constituição entrelaçam-se, assim como direitos e garantias fundamentais, sendo elementos essenciais para efetivar os direitos.

Uma abordagem adotada por uma parcela reduzida da doutrina considera o Processo Constitucional como um modelo constitucional de processo democrático previsto e estruturado na Constituição. Isso destaca o Processo Constitucional como uma perspectiva democrática, cientificamente entendido como um método de normas, no sentido específico do método. Ele é concebido como um caminho constitucional cuja missão é garantir, realizar e potencializar os direitos fundamentais, de modo a proteger o sujeito tutelado constitucionalmente.

Ao longo do estudo, observou-se a indispensabilidade do entendimento do conceito de "sujeito constitucional", criado e desenvolvido por Michel Rosenfeld, que entrelaça conceitos essenciais da Psicanálise com o Direito. O trabalho como um todo representa uma abertura constitucional para a noção de sujeito constitucional, sendo justificável a compreensão da densidade deste conceito.

Na presente tese, buscou-se demonstrar, com o instrumental teórico do "Pluralismo Jurídico", a importância da proteção dos direitos fundamentais a partir de uma visão sistêmica. Isso é considerado como expressão concreta do acoplamento estrutural entre Direitos Fundamentais e Democracia.

Além de abordar o sujeito nessa acepção de "sujeito de direito" para fins de articulação com o pluralismo jurídico no contexto de um Processo Constitucional substantivo, o termo sujeito também é abordado em outro sentido ao se referir à identidade do Sujeito Constitucional, conforme a teoria de Michel Rosenfeld que concebe a Constituição como algo pulsante, dotado de uma identidade própria, distinta da identidade nacional, cultural ou religiosa que se desenvolve ao longo do tempo.

Para alcançar essa compreensão, ele utiliza metáforas, metonímias e até elementos da literatura. Essa teoria fundamentará a primeira parte do escrito e servirá como um fio condutor das ideias, visando coerência e unicidade aos marcos teóricos adotados.

Especificamente, ao examinar o campo do direito e seu papel nesse novo arranjo civilizacional, e mais de perto ainda, ao analisar a área do direito que

viabiliza tecnicamente a proteção dos direitos, o Processo, em sua complexa dinâmica enquanto direito assegurador de direitos, o Processo e a Constituição, sob uma ótica pluralista, inclusiva e democrática, entrelaçam-se. Esses elementos constituem vertentes temáticas permeadas pela multiplicidade de disciplinas que abrangem.

Neste sentido, as interações do Direito com a Ciência Política, a Economia Política, a Sociologia do Direito, a Semiologia, a Filosofia do Direito, a Psicanálise, a Antropologia, entre outras disciplinas, ampliam a metodologia da hermenêutica constitucional. Esta abordagem busca interpretar a complexidade à luz das teorias jurídicas democráticas.

A discussão sobre a eficácia dos direitos demanda uma reflexão mais aprofundada sobre as relações entre o Direito Processual e a Constituição, o que, por sua vez, requer incursões em áreas específicas da Teoria do Processo e na própria Teoria da Constituição.

Naturalmente, não se pode perder de vista a necessidade de respostas para os problemas práticos da processualística, assim como para as questões que surgem no âmbito da densidade constitucional, alinhadas com as complexas estruturas da pós-modernidade, em conformidade com a teoria emergente do pluralismo jurídico. Esta teoria marca um novo tempo e um novo mundo, sendo o terceiro elemento da tríade processo-constituição-pluralismo.

A mudança de paradigmas implica em um "redescobrir" das vias de acesso no plano processual, por meio de formas mais sofisticadas e refinadas com instrumentos de análise e aportes teóricos que compartilhem da mesma complexidade e sofisticação. Isso porque, diante de problemas complexos, apenas manuseando soluções de forma complexa é possível enfrentá-los.

Esta tese efetivamente demonstrou a viabilidade da conjugação das noções e dos institutos do Processo Constitucional Substancial e do Pluralismo Jurídico, interligadas pela Teoria da Identidade do Sujeito Constitucional. Essa interconexão visa construir uma construção teórica coesa e interrelacionada, que sirva como instrumento para estabelecer novos paradigmas capazes de oferecer novas possibilidades hermenêuticas para lidar com diversas questões no âmbito da justiça, diante dos grandes obstáculos que impedem o alcance de seus objetivos.

As categorias de ordem técnico-processual e as noções conceituais que derivam da concepção da convivência de várias normatividades não estatais

coexistindo com os modelos oficiais de normatividade em um Estado monista e legalista foram devidamente harmonizadas com as manifestações do sujeito constitucional ao longo de diferentes momentos do constitucionalismo brasileiro. Isso revelou as facetas de um pluralismo de forma consistente.

Demonstrou-se que esse conjunto harmonizado e metodologicamente articulado de Processo, pluralismo e sujeito constitucional pode ser otimizado e canalizado para fornecer instrumentos metodológicos e conceituais mais sofisticados para enfrentar uma sociedade complexa, global e interdependente.

Por fim, as noções de Processo Constitucional Pluralista podem, de diversas formas, proporcionar à sociedade e aos operadores do direito os mais eficientes instrumentos hermenêuticos para ampliar os horizontes do constitucionalismo brasileiro e latino-americano, visando criar uma sociedade mais plural, inclusiva, misericordiosa, onde a vida seja possível para todos, e termos como justiça social, sustentabilidade e respeito às diferenças não sejam apenas palavras.

As palavras, conceitos e argumentos precisam se transformar em valores vivos, defendidos e promovidos nesta sociedade complexa, multifacetada e holística. Cabe ao direito a missão de assegurar esses valores, ainda não percebidos na proporção e extensão necessárias, para poder proceder às essenciais mudanças na forma de se viver e sentir esta nova emergência do paradigma socioambiental, pluralista e fraterno.

Sem dúvida, é possível objetar que toda a construção aqui empreendida não tem caráter de novidade, ou mesmo que a tese não alcançou sua finalidade. Essas são as últimas e necessárias indagações com as quais o pesquisador precisa honestamente se defrontar para saber se seu esforço foi ou não útil, relevante, necessário, e se de alguma forma trouxe ideias, práticas ou até mesmo perguntas que ainda não foram formuladas. Em resumo, se o papel da pesquisa foi de alguma forma e em alguma medida alcançado e serviu para o universo acadêmico e para a sociedade como um todo.

A este teste de utilidade e relevância prometidos logo na introdução, podem-se apresentar evidências de que o mecanismo e a construção técnico-jurídica empregados nesta tese visam alcançar um objetivo que supere todas as justas expectativas sobre o tema, fruto das reflexões nutridas até o momento. Isso porque oferece uma via triplamente articulada, levando em conta os elementos acima indicados.

A hipótese apresentada na tese partiu da ideia de que o Pluralismo do Sujeito Constitucional, como vetor interpretativo do Estado Constitucional Substantivo, se apresenta como apto a fornecer instrumentos de ordem processual e elementos de ordem teórica que possibilitem aos aplicadores do direito resolverem os casos legais a eles submetidos, envolvendo questões de moradia, proteção ambiental, questões de espaços urbanos e rurais, todos conflitos em dimensões multitudinárias, massivas, plurais e complexas de alguma maneira.

Incluam-se também os fenômenos considerados em relação aos elementos numéricos, seja os analisados em sua situação específica em menor escala, mas não menos complexos, sem recorrer à dogmática clássica que justifique o emprego das forças de repressão pública, violência, morte e destruição do tecido social.

Sob a temática do Pluralismo Jurídico do Sujeito Constitucional como vetor interpretativo do Processo Constitucional Substantivo, analisou-se o acoplamento estrutural entre a dimensão jurídica e política do Processo em meio a múltiplas manifestações do sujeito constitucional no âmbito do Pluralismo Jurídico, como condição de procedibilidade do Estado Democrático de Direito, em cuja essência se entrelaçam os direitos fundamentais e a Democracia.

Assim, o Processo, a Democracia, o pluralismo das fontes do direito e a Constituição integram um núcleo temático irradiador de múltiplas consequências, que se referem diretamente à questão da cidadania. Isso implica em repensar os padrões de racionalidade aplicados à própria técnica de proteção e incremento dos direitos fundamentais.

O entrelaçamento entre Processo Constitucional, Pluralismo Jurídico à luz da teoria rosenfeldiana do Sujeito Constitucional fornecem instrumentos, meios e estratégias legais, estatais e extraestatais, internas e externas, formais e informais, que ao final reclamam soluções de ordem democrática, justa, humana e misericordiosa.

Esses valores talvez não constem dos códigos e práticas da tradição ocidental, mas constam do vocabulário de outras expressões culturais. Como exemplo, podem ser mencionadas práticas do budismo, as tradições espirituais abandonadas pelo cristianismo, expressões de religiosidade de comunidades em algumas tradições indígenas, ou ainda práticas terapêuticas e abordagens sistêmicas como as empreendidas por Fritjof Capra, como expostas ao longo desta pesquisa.

A abordagem pluralista, não apenas conceitual, mas também metodológica, paradoxalmente remete a uma ideia de unidade e ordem que se intui na complexidade, refletindo a essência do ser humano e da natureza. Sua fluidez, temporalidade e autoconsciência são os pressupostos da construção de toda a humanidade, ou como diria Michel Serres[1302], fazendo uso de seu neologismo "hominescencias", para se referir ao começo de uma outra humanidade ou nova forma de se autoperceber.

A "plurocracia" também é um neologismo que expressa a vinculação da essência da Democracia com as concepções e práticas do pluralismo, em diversas áreas como econômica, religiosa, filosófica, psicanalítica, poética, literária, linguística, entre outras. Isso ocorre porque o ser humano é, ao mesmo tempo, um indivíduo e parte de uma sociedade.

Como indivíduo, possui sua liberdade e privacidade como realidades sacrais, enquanto, como sociedade, tem a convivialidade e as "hominescencias" como marca de sua humanidade, que deve ser inclusiva, fraterna e misericordiosa no bem viver consigo mesmo, com a comunidade próxima e mundial, e com a natureza, não numa relação de dominação, mas de fraternidade e sororidade.

Em resposta às indagações iniciais, a tese enfrentou o desafio de estabelecer um diálogo entre a teoria e a prática dos direitos fundamentais, propondo um estudo que congregasse Processo Constitucional, Pluralismo Jurídico, tendo como fio condutor a Teoria do Sujeito Constitucional, corporificada em alguns estudos de caso, numa perspectiva plurocrática (pluralística-democrática), visando a plena efetivação da Democracia.

A perspectiva plurocrática implica na absorção dos elementos e da dinâmica pluralista aos institutos e à dinâmica da própria Democracia. Esta não pode mais ser concebida sem uma dimensão pluralista, que passa a ser constitutiva da Democracia, sendo a expressão da própria identidade constitucional desta.

A tese busca ser uma colaboração teórica e expressão de um constitucionalismo emancipatório, democrático e suficientemente sofisticado, dotado de instrumentais que efetivamente permitam a todos os operadores do Direito a prática de uma atividade jurisdicional, tendo os valores da dignidade humana como

---

[1302] SERRES, Michel. **Diálogo sobre a ciência, a cultura e o tempo**: conversas com Bruno Latour. Trad. Serafim Ferreira e João Paz. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

fundamento de todo o sistema de justiça e a expressão de civilidade em seu mais alto nível e em suas mais elevadas e dignas aspirações de humanidade!

REFERÊNCIAS

A REDE. **Justiça de Ponta Grossa tem decisão sobre ocupação do Andorinhas.** 18 abr. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3tXpMgz. Acesso em: 15 jun. 2023.

ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABREU, Marcelo. 50 anos de *On the Road*. **Continente multicultural**. ed. 82. out. 2007. Disponível em: https://bit.ly/3C_497iW6K. Acesso em: 5 jul. 2022.

ACKERMAN, Bruce. **We the people**: Foundations. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

AGOSTINHO, Aurélio. **A cidade de Deus**. 12. ed. Tradução: Oscar Paes Leme, Petrópolis: Vozes, 2009. 2 v.

AGOSTINHO, Aurélio. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 2004. Coleção 'Os Pensadores'.

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução: Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1984. Livro X, Capítulo XXVII. Coleção Patrística.

AGOSTINHO, Trindade. ***De trinitate***. Lisboa: Paulinas, 2007.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Os filhos da flecha do tempo**: pertinência e rupturas. Brasília: Letra Viva, 2000.

ALMEIDA, Paulo Wojcikiewicz; ROMAY, Giulia Tavares. Abrindo o Tribunal Mundial ao Estado e atores não estatais: casos contenciosos: realidade ou utopia? **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 19, e2333, p. 2-3, 27 jan. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3Seod5W. Acesso em: 14 out. 2023.

ALCALÁ-ZAMORA Y *CASTILLO,* Niceto. **Proceso, Autocomposición *y*. Autodefensa**. Cidade do México: UNAM, 1947; 2ª ed., 1970.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali della giustizia civile:** il modello constituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ANDOLINA, Italo. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. In: Revista de Processo. v. 87. p. 63-69. São Paulo, jul/set. 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, V. R. P. de. **Dogmática jurídica**: escorço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANTONOV, Mikhail. Em busca do pluralismo jurídico global. Tradução: Luciana de Andrade Amoroso Remer. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 26, n. 1, p. 238-257, jan./abr. 2021. Acesso em: https://bit.ly/499jQQv.

Disponível em: 12 jun. 2023.

AQUINO, Tomás de Aquino. **Suma teológica**. Disponível em: https://bit.ly/3Oi6Z6p. Acesso em: 29 set. 2023.

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jurgen Habermas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1990.

ARNS, Evaristo. **Brasil nunca mais**: um relato para a história. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. Vicariato Episcopal para a Educação e a Universidade. **Discurso Papa Bento XVI no parlamento alemão**. 26 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/4b36eYN. Acesso em: 15 maio 2023.

AUSTIN, J. L. **Como fazer coisas com palavras**. Tradução: José Joaquim Moura Ramos. Oxford: Clarendon Press, 1975.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Disponível em: https://bit.ly/3vO4nqw. Acesso em: 2 jun. 2023.

AVIÑA MARTÍNEZ, Rogelio A.; VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coord.). **Derecho procesal constitucional, control preventivo y jurisdicción**. In: Derecho procesal constitucional. Tomo II. Volumen I. Bogotá, Colombia: VC Editores Ltda., março de 2011. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/Libro_DERECHO_PROCESAL_CONSTITUCIONAL._Tomo_II._Volumen_I.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024.

BANDEIRA, Manuel. **Libertinagem**. 1. ed. Global: São Paulo, 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito político e regimes políticos**. Disponível em: https://bit.ly/3HxXTi2. Acesso em: 13 fev. 2020.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Hermenêutica constitucional**. Disponível em: https://bit.ly/3HtW6uD. Acesso em: 2 dez. 2023.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**: aspectos contemporâneos. São Paulo: Fórum, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, nºs 3-4, p. 89-154.

1º-2º sem. 1999.

BARBOSA, Regiane Riquena; MASO, Tchella Fernandes. **Possíveis contribuições de Aníbal Quijano para as relações internacionais**. 8º Encontro de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Disponível em: https://bit.ly/47QkVLT. Acesso em: 5 jan. 2024.

BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Institucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 3. ed. Campinas: Russel, 2010.

BARBOSA, Ruy. **Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. **Constitutional Law in a nutshell**. 10. ed. Minnesota: West Publishing Co., 1986.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARRUECO, Caroline. Entenda a diferença entre os diversos níveis de universos paralelos. **Revista Galileu**. 24 abr. 2017. Disponível em: http://glo.bo/47OS5ve. Acesso em: 15 jun. 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1975.

BATOCHIO, José Roberto. **Discurso por ocasião da comemoração do 172º aniversário da Fundação do Instituto dos Advogados Brasileiros**. 16 set. 2015. Disponível em: https://bit.ly/4b5BCFT. Acesso em: 15 maio 2023.

BAZAGLIA, Paulo. **Bíblia de Jerusalém**. Tradução: Domingos Zamagna. São Paulo: Paulus, 2013.

BBC BRASIL. **Constituinte da Islândia testa limites da política pela internet**. 29 jul. 2011. Disponível em: https://bbc.in/3SbNKN9. Acesso em: 6 jun. 2023.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERGAMO, Mônica. Executados, torturados e humilhados. **Veja**, São Paulo, v. 28, n. 36, p. 38-41, set. 1995.

BÍBLIA CATÓLICA. **Gênesis 1, 26-28**. Disponível em: https://bit.ly/3SuVAm8. Acesso em 15 jun. 2023.

BÍBLIA CATÓLICA. **Salmo 18**. Disponível em: https://bit.ly/3vRBHgw. Acesso em: 25 fev. 2021.

BÍBLIA ON-LINE. **Atos, 17, 16-34**. Disponível em: https://bit.ly/3Sz0Mpq. Acesso em: 1º maio 2023.

BÍBLIA ON-LINE. **Carta aos Gálatas**. Gal. 5,19-21. Disponível em: https://bit.ly/3UgDFkv. Acesso em: 15 jun. 2023.

BÍBLIA SAGRADA. **Lucas 13:32**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BÍBLIA SAGRADA. **Marcos 6:17-28**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BOBIC, Ana. Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice. **German Law Journal**. 6 mar. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3vKRKg2. Acesso em: 12 out. 2023.

BOCHENEK, Antônio César (Coord.). **Demandas estruturais e litígios de alta complexidade: casos práticos analisados no mestrado da Enfam**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), 2022. Disponível em: https://bit.ly/47QK6xT. Acesso em: 1 maio 2023.

BOCHENEK, Antônio César. HORIE, Helen Yumi. “Processo constitucional estrutural: amicus curiae”. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes. (Org.) **Elementos para um Código de Processo Constitucional brasileiro**. Londrina: Thoth, 2022.

BOER, Nik de. The False Promise of Constitutional Pluralism. **Amsterdam Law School Research Paper**. n. 2018, 3, 19 mar. 2018. Disponível em: https://bit.ly/427Dzhb. Acesso em: 12 out. 2023.

BOFF, Leonardo. **Teologia do cativeiro e da libertação**. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 1980.

BOFF, Leonardo; LELOUP, Jean-Yves. **Terapeutas do deserto**: de Fílon de Alexandria e Francisco de Assis a Graf Dürkheim. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2021. p. 112.

BOLIVIA. **Constitución Política del Estado**. 2009. Disponível em: https://bit.ly/3Obedcw. Acesso em: 15 jun. 2023.

BONANATE, Luigi; PAPINI, Roberto. **Democracia internacional**: una introducción al pensamiento político de Jacques Maritain. Buenos Aires: Club de Lectores, 2008.

BONAVIDES, Paulo. A evolução histórica do conceito de nulidade. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 11, p. 41-49, 2007. Disponível em: https://bit.ly/3ucmVjF. Acesso em: 3 jan. 2024.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BORTOLOZZI JÚNIOR, Flávio. Pluralismo jurídico e o paradigma do direito moderno: breves apontamentos. **Cadernos da Escola de Direito**. Curitiba, v. 1, n. 12, p. 22, 28 abr. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3OeKlMe. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRAGA, Fernando. **Da codificação à lei civil brasileira**. Disponível em:

https://bit.ly/3vM1yq7. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRANCA, Giuseppe. **Collegialità nei Giudizi delia Corte Costituzionale**. Pádova: Cedam, 1970.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.046/2010**. Disponível em: https://bit.ly/3Sw8m2T. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. **Código Civil**. 1916. Disponível em: https://bit.ly/428pu2Z. Acesso em: 6 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3vKUnOW. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição de 1891**. Disponível em: https://bit.ly/47LX2Fd. Acesso em: 3 jan. 2024.

BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em: https://bit.ly/3vUofIq. Acesso em: 17 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição de 1967**. Disponível em: https://bit.ly/3OkmzhR. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926**. Disponível em: https://bit.ly/4bao7oB. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 01/1969**. Disponível em: https://bit.ly/3Oiba25. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 07/1977**. Disponível em: https://bit.ly/3Of0i4V. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://bit.ly/492LOgD. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Disponível em: https://bit.ly/3SwKqO2. Acesso em : 15 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: https://bit.ly/3UcC8Mv. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://bit.ly/483qvuF. Acesso em: 7 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://bit.ly/3HEEsV6. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF defende inaplicabilidade da Lei da Anistia a crimes praticados por agentes públicos durante a ditadura militar**. 9 nov. 2022. Disponível em: https://bit.ly/48Jp6KQ. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Rel. Ministro Marco Aurelio de Melo. Disponível em: https://bit.ly/4b6cO0D. Acesso em: 7 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **TRF4. 5039453-70.2021.4.04.7100.** Ementa: Previdenciário. Esgotamento da Via Administrativa. Desnecessidade. Carta de Exigências. Cumprimento. Porto Alegre, 13 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3S60VPw. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **TRF4: 5039453-70.2021.4.04.7100.** Ementa Agravo de Instrumento. Previdenciário. Processual Civil. Reconhecimento de Tempo de Serviço. Interesse de Agir. Prévio Requerimento Administrativo. Porto Alegre, 13 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3u2vGwR. Acesso em: 15 maio 2023.

BRENNAN JR., William J. A personal remembrance. *In*: SCHWARTZ, Bernard (Ed.) **The Warren Court**: a retrospective. Oxford: Oxford University Press, 1996.

BRITTO, Livia Mayer Totola; KARNINKE, Tatiana Mascarenhas. O caso Brown *v.* Board Education, Medidas Estruturantes e o Ativismo Judicial. **Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória (ES), 2019. Disponível em: https://bit.ly/428y1mt. Acesso em: 1º maio 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O "modelo constitucional do direito processual civil"**: um paradigma necessário de estudo do Direito Processual Civil e Algumas de suas aplicações. s.d. Disponível em: https://bit.ly/3Sv7Djz. Acesso em: 10 maio 2023.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Brasília: UNB, 1978.

BUGARIN, Tomás T. S.; MENEGUIN, Fernando. ***Rational Decision Making***. Parâmetro para o Controle Judicial das Deliberações do Poder Executivo. Disponível em: https://bit.ly/3SvKmOk. Acesso em: 2 jun. 2023.

BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo 3. Processo Civil. Disponível em: https://bit.ly/3u2e2cD. Acesso em: 15 maio 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direção. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, p. 105-127, 2008.

CAPERUTO, Ada. **Admirável mundo novo**: uma perspectiva histórica entre a obra e a sociedade pós-moderna. Disponível em: https://bit.ly/47S9vXU. Acesso em: 1º maio 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. **Il controlo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato**. v. III. Milão: Studi Zanobini, 1965.

CAPPELLETTI, Mauro. La Giurisdizione Constitucionale delle Libertà. **Quaderni Dell'Associazione Fra Gli Studiosi Del Processo Civile VII**. Milano: Giuffré, 1976.

CAPPELLETTI, Mauro. **La giurisdizione costituzionale delle libertà**. Milão: Giufré: 1955.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2002.

CAPRA, Fritjof. **Ecoalfabeto lórto dei bambini**. Viterbo: Stampa Alternativa, 2005.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida**: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2014.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982.

CAPRA, Fritjof. **Pertencendo ao universo**: explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade. São Paulo: Cultrix, 1981.

CAPRA, Fritjof. **Sabedoria incomum**. São Paulo: Cultrix, 1988.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida**: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Tradução: Mayra Teruya Eichemberg e Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

CARLOS, Luiza Fernandes; ARAÚJO, Camila Oliveira Honorato de. A disputa Savigny-Thibaut sobre a necessidade de uma codificação para a Alemanha: o caminho histórico para o positivismo jurídico. **Revista Jus Navegandi**. Teresina, ano 24, n. 5.759, 8 abr. 2019. Disponível em: https//jus.com.br/artigos/72122. Acesso em: 18 jul. 2022.

CARMO, Valter Moura; MESSIAS, Ewerton Ricardo. Súmula nº 611 do Superior Tribunal de Justiça: ativismo judicial e o risco à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 209-231, set./dez. 2020, p. 213. Disponível em: https://bit.ly/3UeSFj2. Acesso em: 30 nov. 2021.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. 2. ed. Tradução: Raul de Polillo. São Paulo: Melhoramentos, 1962.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas. **Processo constitucional e Estado**

Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CARVALHO NETO, Menelick de; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.) **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. *In*: BERNARDES, Wilma Lúcia Maia. **Federação e federalismo**: uma análise com base na superação do Estado nacional e no contexto do Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASAS, Bartolomé de Las Casas. **Tratados de Fray Bartolomé de Las Casas**. v. I-II. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

CASSITA, Danielle. **SpaceX lança satélites Starlink e já tem mais de 4 mil em órbita**. 4 maio 2023. Disponível em: https://bit.ly/495vdZx. Acesso em: 15 jun. 2023.

CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CERRI, Augusto. **Corso de giustizia costituzionale**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2004.

CHAI, Cassius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHARDIN, Pierre Teilhard de. **O fenômeno humano**. 3. ed. Porto: Tavares Martins, 1970.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

COLLEY, Linda. **Guerras, constituições e a formação do mundo moderno**. 1. ed. São Paulo: Zahar, 2022.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Caso Corumbiara × Brasil nº 11.556**. 1988. Disponível em: https://bit.ly/3SunX3R. Acesso em: 15 jun. 2023.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Caso Corumbiara × Brasil nº 11.556**. 2004. Disponível em: https://bit.ly/3vNqVrv. Acesso em: 15 jun. 2023.

CONSTITUTION US. **14th Amendment Simplified**. Disponível em: https://bit.ly/48Yli7y. Acesso em: 30 jan. 2024.

CONY, Carlos Heitor. **JK e a ditadura**. Rio de Janeiro: Cosme Velho, 2012.

CORREIO BRASILIENSE. **Woodstock**: um sonho de liberdade. 15 ago. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3Hu0UAb. Acesso em: 5 jul. 2022.

CORREIO BRAZILIENSE. **Aborto**: Suprema Corte dos EUA revoga direito à interrupção da gravidez com revisão de *Roe × Wade*. jun. 2006. Disponível em: https://bit.ly/4b9ogbB. Acesso em: 6 jul. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Roma: 1950. Disponível em: https://bit.ly/3OinKyu. Acesso em: 31 maio 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da penitenciária Urso Branco**. Resolução de 18 de junho de 2002. Disponível em: https://bit.ly/4baq9F5. Acesso em: 6 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 81/2006**. Disponível em: https://bit.ly/4b82Ony. Acesso em: 6 jun. 2023.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introducción al estudio del proceso civil**. Imprenta: Buenos Aires, Depalma, 1988.

CREPALDI, Thiago; GOES, Severino. Judiciário alcança marca de 80 milhões de processos em tramitação. **Consultor Jurídico**. 30 jun. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3HxIUEW. Acesso em: 4 jan. 2024.

CRISAFFULLI, Vézio. **Le funzioni delia Corte costituzionale nella dinamica dei sistema**: esperienze e prospettive, em la giustizia costituzionale. Milão:Giufré: 1966.

CRISAFFULLI, Vézio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão: Giuffrè, 1952.

CRUZ, Júlio Baquero. The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement. **European Law Journal**. v. 14, ed. 4, p. 389-517. 30 maio 2008. Disponível em: https://bit.ly/3vOacnS. Acesso em: 14 out. 2023.

CRUZ, Júlio Baquero. **What's left of the Law of Integration?** Decay and resistance in European union law. Oxford: Oxford University Press, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3S3BIFq. Acesso em: 24 jan. 2024.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DE BARBA, Clarides Henrich. A Dialética da ação trágica na Antígona em Hegel: uma abordagem aristotélica. **Veritas**. v. 43, n. 4, dez. 1998, p. 985-998. Porto Alegre:

Disponível em: https://bit.ly/4bgl4v5. Acesso em: 11 jan. 2024.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v. 9, n. 1, p. 37-49 mar./jun. 2008. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13100. Acesso em: 24 jan. 2024.

DE GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. *In*: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DELL'ISOLA, Valéria Cássia. **Pré-compreensão e linguagem**: horizontes hermenêuticos da decisão judicial. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3vK4EKZ. Acesso em: 2 jun. 2023.

DICEY, Albert. Venn. **Lectures Introductory to the Study of the Law in The Constitution**. London: Macmillan and Co., 1885.

DIDIER, Fredie; OLIVIERA, Rafael Alexandria de; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**. v. 8, n. 1, p. 46-64, jan. - abr., 2017. Disponível em: https://bit.ly/3Ocg1BZ. Acesso em: 10 jan. 2024.

DILTHEY, Wilhelm. O surgimento da Hermenêutica. **Numen**, Juiz de Fora, v. 1. n. 1, p. 317, 1999. Disponível em: https://bit.ly/42rSjrr. Acesso em: 24 jan. 2024.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em: https://bit.ly/3StkYZI. Acesso em: 6 jul. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 33. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.

DINIZ, Artur José Almeida. Filosofia e Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 25, n. 18, p. 167, 1977. Disponível em: https://bit.ly/3uiDDOo. Acesso em: 29 set. 2023.

DOUGLAS, Frederick. **Narrativa da vida de Frederick Douglas**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

DU PASQUIER, Claude. **Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit**. 4 ed. Neuchâtel: Delachaux et Niestlé, 1967.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; GALVÃO, Ciro di Benatti Galvão. Direitos fundamentais, dominação estatal e democracia substantiva. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 22, n. 3, p. 109-129, 2017. Disponível em: https://bit.ly/42mimQK. Acesso em: 29 jan. 2024.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. 3. ed. Tradução: Marcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. Coleção 'A obra-prima de cada autor'.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**: o sistema totêmico na Austrália. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DUSSEL Enrique. **Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação**. São Paulo: Paulinas, 1996.

DUSSEL, Enrique. **Ética da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

DW. **Alemanha autorizada a desrespeitar Pacto de Estabilidade**. Berlim e Paris vencem queda-de-braço com Bruxelas. 25 nov. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3S9SQt1. Acesso em: 24 jan. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em sério**. Barcelona: Ariel, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora da UnB, 1986.

ECUADOR. **Constituición de la Republica del Ecuador**. 2008. Disponível em: https://bit.ly/42dLARr. Acesso em: 15 jun. 2023.

ESCOLA BOTÂNICA. **Como as árvores se comunicam**. 23 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3S8CssV. Acesso em: 24 jan. 2024.

ESPARZA, Daniel R. As formas distintas de veneração no catolicismo. **Aleteia**. 20 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3Udxcqt. Acesso em: 3 jan. 2024.

ESTADO DO PARÁ. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional Cível. Núcleo de Questões Agrárias e Fundiárias. **Guia de atuação extrajudicial**: Promotorias de Justiça Agrárias. Belém, 2020, p. 127-129. Disponível em: https://bit.ly/47JAIMl. Acesso em: 15 jun. 2023.

ESTADO DO PARANÁ. Ministério Público. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos. **Nota Técnica nº 01/2019**. Disponível em: https://bit.ly/42a6HnI. Acesso em: 15 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Arquivos Nacionais. **Dred Scott v. Sandford (1857)**. Disponível em: https://bit.ly/3HQww3b. Acesso em: 9 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senado. **Constitution of the United States**. Disponível em: https://bit.ly/47VZCsw. Acesso em: 24 jan. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 US (2022)**. Disponível em: https://bit.ly/3UdfhjD. Acesso em: 24 jan. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Opinions of the Court – 2021**. Disponível em: https://bit.ly/3vLiUDo. Acesso em: 6 jul. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)**. Disponível em: https://bit.ly/3Ucw0DG. Acesso em: 17 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Thurgood Marshall**. Disponível em: https://bit.ly/3Oiq7Bo. Acesso em: 15 jun. 2023.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, n. 1, 2017, p. 173-192. Disponível em: https://bit.ly/3SxJby5. Acesso em: 24 jan. 2024.

FACHIN, Luiz Edson. **O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2013.

FAVOREAU, Louis *et al*. **Droit Constitutionnel**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2002.

FAVOREU, Louis *et al*. **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: BookSeller, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 5. ed. Padova: Cedam, 1989.

FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Istituzioni di diritto processuale**, 3 ed. Padova: Cedam, 1983.

FAZZALARI, Elio. Procedimento: I – Procedimento e Processo (Teoria Generale), V. 34. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1986.

FERGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. O movimento "*critique du droit*" e seu impacto no Brasil. **Revista Direito GV 6**. v. 3, n. 2, p. 139-164, jul.-dez. 2007. Disponível em: https://bit.ly/42iCy60. Acesso em: 6 jun. 2023.

FERNANDES, José Pedro. **A revolta constitucional na Alemanha contra a União Europeia**. 15 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3vL08fw. Acesso em: 12 out. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FILLA, Bianca Camile dos Santos. **O princípio do pluralismo e o reconhecimento**

de novos arranjos familiares perante o ordenamento jurídico brasileiro: as famílias simultâneas. 140 f. Dissertação em Direito. Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Curitiba, 2018. Disponível em: https://bit.ly/496KljX. Acesso em: 25 fev. 2021.

FIORAVANTI, M. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El derecho procesal constitucional como un sector de la defensa de la Constitución. En VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (Coordinador). "**Estudios de Derecho Procesal Constitucional**". Tomo II. Bogotá: VC Editores Ltda., 2010. En Prensa. Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (oord.), Derecho procesal constitucional, 4ª. ed., México, Porrúa, 2003, t. I.

FRAGA, Vitor Galvão. Devido processo legal: história e conteúdo. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. jul. 2013, p. 403. Disponível em: https://bit.ly/3Svktyc. Acesso em: 15 maio 2023.

FRANKL, Viktor E. **A presença ignorada de Deus**. Petrópolis: Vozes, 2017.

FRANKL, Viktor E. **Em busca de sentido**. 27. ed. São Paulo: Vozes, 2009.

FRANKL, Viktor E. **O sofrimento de uma vida sem sentido**: caminhos para encontrar a razão de viver. São Paulo: É Realizações, 2015.

FRANKL, Viktor E. **Um psicólogo no campo de concentração**. Campinas: Auster, 2021.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu.** Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1999.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**: Contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Obras completas, 11.

FRIEDE, Reis. Princípios de interpretação constitucional. Parte 1. **Consultor Jurídico**. 1 nov. 2022. Disponível em: https://bit.ly/49bbZ4E. Acesso em: 12 jan. 2024.

G1. **Agência dos EUA autoriza empresa de Elon Musk a realizar estudos para implantes cerebrais em humanos Neuralink diz que está desenvolvendo um implante que vai ajudar pessoas com paralisia a andar novamente e tratar doenças neurológicas**. 25 maio 2023. Disponível em: http://glo.bo/495xtjp. Acesso em: 15 jun. 2023.

G1. **Entenda por que a União Europeia questiona Portugal sobre visto a**

viajantes de países como o Brasil. 4 out. 2023. Disponível em: https://bit.ly/48RsWle. Acesso em: 24 jan. 2024.

GABRIEL, João. Cidade em Rondônia aprova primeira lei que garante direitos a um rio: Texto afirma que o rio Laje tem o direito de "manter seu fluxo natural", "nutrir" e "ser nutrido". **Folha de S.Paulo**. 22 jun. 2023. Disponível em: https://bit.ly/3Oh3ixJ. Acesso em: 25 jun. 2023.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997; 3. ed., 1999.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 36 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

GARCÍA, Luis Alberto. **Derecho Procesal Constitucional**. 2 ed. Lima: Fecat, 2010.

GARGARELLA, Roberto. La "sala de máquinas" de las constituciones latinoamericanas: entre lo viejo y lo nuevo. **Nueva Sociedad**. n. 257, jul.-ago, 2015.

GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes em Derecho Privado Positivo**. Madrid: Editorial Réus, 1925.

GIANNOZZI, Giancarlo. Reflessioni Intorno All'oggetto del Processo Costituzionale. **Jus, Rivista di Scienze Giuridiche**, fasc. III, IV. jul./dez., 1963.

GHINS, Michel. Prefácio. *In*: TOZZINI, Daniel Laskowski. **Filosofia da ciência de Thomas Kuhn**: conceitos de racionalidade científica. São Paulo: Atlas, 2014, p. xiii.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Da codificação, crônica de um conceito, de Fábio Siebeneichler de Andrade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, v. 24, ano 7, p. 371-373, 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Embargos culturais**: o movimento de contracultura do Direito dos EUA. 12 ago. 2012. Disponível em: https://bit.ly/4bno9cX. Acesso em: 5 jul. 2022.

GOLDMANN, Matthias. Constitutional Pluralism as mutually assured discretion: the Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**. v. 23, Issue 1, p. 133, 1 fev. 2016. Disponível em: https://bit.ly/3OhwWmu. Acesso em: 15 out. 2023.

GOLDSCHMIDT, Jona. **Autonomy and "Gray Area" Pro Se Defendants**: ensuring competence to guarantee freedom. 6 Nw. J. L. & Soc. Pol'y. 130, 2011. Disponível em: https://bit.ly/3tWs1kh. Acesso em: 15 jun. 2023.

GOLEMAN, Daniel. **Foco**: a atenção e seu papel fundamental para o sucesso. 11. reimp. Tradução: Cássia Zanon. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRANT, Ulysses S. **Guerra de secesión**: memórias. 3ª parte. Saragoza: HRM Ediciones, 2019.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism? **Journal of Legal Pluralism**, n. 24, 1986. Disponível em: https://bit.ly/3SuDVLv. Acesso em: 27 dez. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. Coleção Focus.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval.** Tradução: Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução: Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUAJARÁ MIRIM (RO). Câmara dos Vereadores. **Projeto de Lei nº 007/2023**. Disponível em: https://bit.ly/3ucC6cD. Acesso em: 25 jun. 2023.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GURVITCH, Georges. **La Idea Del Derecho Social**: Noción y Sistema Del Derecho Social. Granada: Comares S. L., 2005.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Constituição e cultura**: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado Constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Elementos de hermenêutica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERDEGEN, Matthias. La protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Fédérale. *In :* FROMONT, Michel (org.). **Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne**. Paris: Éditions de la Sorbonne, 2022.

HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012.

HECK, Philipp. **Das Problem der Rechtsgewinnung**. Tübingen: Mohr, 1912.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Disponível em: https://bit.ly/3SvaMQc. Acesso em 15 jun. 2023.

HOEBEL, E. Adamson; LLEWELLIN, Karl N. **Cheyenne way**: conflict and case law in primitive jurisprudence. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1941. Civilization of the American Indian Series.

HOEBEL, Edward Amanson. **The Law of Primitive Man**: A Study in Comparative Legal Dynamics. Cambridge, Mass: Harvad Press, 1967.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. 1. ed. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

HUME, David. **Whether the British Government inclines more to Absolute Monarchy or to a Republic**. Essays, Moral, Political, and Literary. Liberty: Indianapolis, 1889.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Rio de Janeiro: Globo, 1932.

I FIORETTI di San Francesco. Roma: Newton Compton Editore, 1993. Capitulo XXI. Collezione Centopaginemillelire 84. Disponível em: https://bit.ly/3Oc9zLh. Acesso em: 1º maio 2023.

IANNELO, Pablo. Pluralismo Jurídico. **Enciclopedia de Filosofia y Teoria del Derecho**, vol. 1, p. 757-780, 2014. Disponível em: https://bit.ly/3SbOO3p. Acesso em: 16 jun. 2023.

IGREJA CATÓLICA. **Cânone 1866-1867**. Disponível em: https://bit.ly/3Hy3qVQ. Acesso em: 15 jun. 2023.

IHDE, Don. **Hermeneutic Phenomenology**: The Philosophy of Paul Ricoeur. Evanston: Northwestern University, 1971.

ISMERIN, Flávio. Dupla de cientistas recebe Nobel de Medicina por desenvolver vacina contra Covid-19. **CNN**. 2 out. 2023. Disponível em https://bit.ly/48LVv38. Acesso em: 2 out. 2023.

ITÁLIA. **La Constituzione della Repubblica Italiana**. 1. ed. Firenze, Itália: Giunti Editore S.p.A., 2018.

JAMES, William. **Um universo pluralista**: filosofia de la experiência. Buenos Aires: Cactus, 2009.

JORNAL DO BRASIL. Rio de Janeiro, 5 jun. 1964, ano LXXIV, nº 131. Disponível em: https://bit.ly/3OgKPRQ. Acesso em: 24 jan. 2024.

JUBRAN, Bruno Mariotto. As disputas globais pelo petróleo e seus efeitos no Brasil. **Panorama Internacional**, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: https://bit.ly/3SmSn6R. Acesso em: 10 jan. 2024.

JUNG, Carl Gustav. **Aion**: estudo sobre o simbolismo do si-mesmo. Trad. Dom Mateus Ramalho Rocha. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2015.

JUNG, Carl Gustav. **Memórias, sonhos e reflexões**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

JUNG, Carl Gustav. **O homem e seus símbolos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

JUNG, Carl Gustav. **O livro vermelho**. Tradução: Gentil A. Titton. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

JUNG, Carl Gustav. **Tipos psicológicos**. Petrópolis: Vozes, 2015.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897)**. Disponível em: https://bit.ly/48NcAd4. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)**. Disponível em: https://bit.ly/497JjcO. Acesso em: 9 jun. 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964)**. Disponível em: https://bit.ly/42ixvSS. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Fay v. Noia, 372 U.S. 391 (1963)**. Disponível em: https://bit.ly/3HBpZsG. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963)**. Disponível em: https://bit.ly/48SMOnI. Acesso em: 15 maio 2023

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Griffin v. California, 280 U.S. 609 (1965)**. Disponível em: https://bit.ly/3ujHpXN. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006)**. Disponível em: https://bit.ly/47KCblD. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Johnson v. Avery, 393 U.S. 384 (1969)**. Disponível em: https://bit.ly/4bcOfit. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)**. Disponível em: https://bit.ly/3HvaYbV. Acesso em: 24 jan. 2024.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964)**. Disponível em: https://bit.ly/42pLnuQ. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)**. Disponível em: https://bit.ly/3SaaLjw. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Skaggs v. Larsen, 396 U.S. 1206 (1969)**. Disponível em: https://bit.ly/3UbyvWS. Acesso em: 15 maio 2023.

JUSTIA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)**. Disponível em: https://bit.ly/3OhpOGK. Acesso em: 15 maio 2023.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2018.

KANT, Immanuel. **Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre**. 2. ed. Kreuznach, 1800.

KAUFMANN, A. HASSEMER, W. (org.) I**ntrodução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os Dois corpos do Rei**: Um estudo sobre teologia política medieval. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELLER, Antonio Carlos Rossi. **40**: virtudes morais, virtudes teologais. 12 maio 2003. Disponível em: https://bit.ly/3St5uF1. Acesso em: 15 jun. 2023.

KELSEN, Hans. **A democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Autobiografía de Hans Kelsen**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

KEROUAC, Jach. **Pé na estrada**. Tradução: Eduardo Bueno. Porto Alegre: L&P Pocket, 2011. v. 358. Coleção L&PM Pocket.

KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

KRENAK, Ailton. **Caminhos para a cultura do bem viver**. São Paulo: Cultura do

Bem Viver, 2020, p. 9-11. Disponível em: https://bit.ly/48QdqWz. Acesso em: 29 set. 2023.

KRENAK, Ailton. **Futuro ancestral**. São Paulo: Schwarcz S.A., 2022.

KRISHNAMURTI, Juddi. **Krishnamurti**: o libertador da mente. São Paulo: Martin Claret, 1997. Coleção Mensagens Espirituais.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LACAN, Jacques. **Subversão do sujeito e dialética do desejo no inconsciente freudiano**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

LACAN, Jacques. **O Seminário – Livro 7**: a ética da psicanálise (1959-1960). Tradução: Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

LACHMAN, Gary. **Jung, o místico**. 1. reimp. São Paulo: Cultrix, 2010.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **Davis Law Review**, University of California, v. 47, n. 189, 2013.

LARA, Paulo Cesar de. A Influência da tradição judaico-cristã na hermenêutica jurídica contemporânea. *In*: SOBRAL, Luciane; MORBINI, Francieli Korquievicz. (Org.). **As Interfaces dos Direitos Fundamentais II**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2021.

LARA, Paulo Cesar de. **A aposentadoria e seus efeitos no contrato de trabalho**: um estudo a partir da intangibilidade dos direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

LARA, Paulo Cesar de. A técnica legislativa aplicada à localização dos direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Boletim Informativo Juruá**, v. 589, p. 12-12, 2014.

LARA, Paulo Cesar de; BARBOSA, BARBOSA, Laíse Milena. A Reforma Previdenciária de 2019 ante a irreversibilidade da proteção estatal dos Direitos assistenciais e previdenciários. **Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas**, v. 3, 2019. Ponta Grossa: SIICSA UEPG, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3Op8mAo. Acesso em: 8 jun. 2022.

LARA, Paulo Cesar de; MALISKA, Marcos Augusto. **Nacionalismo e Tradicionalismo católico no Brasil a partir do século XX**. Anais da VIII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia. Volume 1, 2021.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LARSEN, Signe Rehling. The Promise and Peril of Europe. **La Revue Européenne**

du Droit, v. 3, Issue 2, p. 42-47, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3SsDCke. Acesso em: 14 out. 2023.

LASEK-MARKEY, Marta. Poland's Constitutional Tribunal on the status of EU law: the Polish government got all the answers it needed from a court it controls. **European Law Blog**. 21 out. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3u9x4h9. Acesso em: 26 out. 2023.

LATERZA, Léa Ferreira. O conceito de pessoa: o estado da questão entre os gregos**. Kriterion: Revista de Filosofia**, 17 jun. 2011. Disponível em: https://bit.ly/3SxXxyt. Acesso em: 2 mar. 2022.

LE BON, Gustave. **A Psicologia das Multidões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Letras Errantes, 2020.

LE GOFF, Jacques. **Os intelectuais na Idade Média**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Constituição e processo**: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

LEAL, Saul Tourinho. **A salvação da Lava Jato é a Constituição**. Disponível em: https://bit.ly/4bs1Gvg. Acesso em: 1 out. 2019.

LEAL, Vitor Nunes. Passado e futuro da Súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, n. 145, jul./set. 1981.

LEAL, Vitor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros problemas**. v. I. Brasília: Publicação do Ministério da Justiça, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Butshatsky, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manuale di diritto processuale.** v. 1. 3. ed. Milano: Giuffré Editore, 1992.

LOBATO, Monteiro. **América**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1951. Disponível em: https://bit.ly/4980qLA. Acesso em: 15 jun. 2023.

LOBATO, Monteiro. **Mr. Slang e o Brasil e problema vital**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense. 1961. Disponível em: https://bit.ly/3OcMXdu. Acesso em: 15 jun. 2023.

LOBATO, Monteiro. **O escândalo do petróleo e do ferro**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense. 1951. Disponível em: https://bit.ly/3OgRGuV. Acesso em: 15 jun. 2023.

LOBATO, Monteiro. **O escândalo do petróleo e Georgismo e Comunismo**. São Paulo: Globo, 2011.

LOVATO, Patrícia Braga *et al*. Ecologia profunda: O despertar para uma educação

ambiental complexa. **REDES**, Santa Cruz do Sul, v. 16, n. 3, p. 122-137, 2011.

LOVATTO, Patrícia Braga; ALTEMBURG, Shirley Nascimento; CASALINHO, Hélvio; LOBO, Eduardo Alexis. Ecologia profunda: o despertar para uma educação ambiental complexa. **REDES**, Santa Cruz do Sul, v. 16, n. 3, p. 122-137, set./dez. 2011.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução M. C. Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Ediciones Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

LUNARDI, Soraya. **Teoria do processo constitucional:** análise de sua autonomia, natureza e elementos. Soraya Lunardi. São Paulo: Atlas

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Por que dogmática jurídica? **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, n. 27, p. 59-86, jul./dez. 2008. Disponível em: https://bit.ly/3UbzDtC. Acesso em: 24 jan. 2024.

MACIEL, Islaine. **Todos temos um "lado sombra" da personalidade:** o que é e como lidar com ele. 15 set. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3HDfZiB. Acesso em: 9 jun. 2022.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O federalista**. Brasília: UNB, 1984.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. A unidade do sistema jurídico em Niklas Luhmann: a assunção do modelo autopoiético. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 82-88, 2º sem. 1998.

MAGNA Carta 1215. Disponível em: https://bit.ly/42iE9IU. Acesso em: 30 nov. 2023.

MAGNA CARTA. 15 jun. 1215. Disponível em: http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html. Acesso em: 25 maio 2023.

MAINE, Sir Henry Sumner. **Ancient law**: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas. New York: Henry Holt An Company, 1906.

MALINOSWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Brasília: UNB, 2003.

MALINOSWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Tradução: Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis: Vozes, 2015.

MALINOSWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Tradução:

Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: UNB, 2003.

MALINOSWSKI, Bronislaw. **Giornale de um antropólogo**. Tradução: Cristina Bonucci. Roma: Armando Editore, 1992.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**: notas para pensar a Racionalidade Jurídica na Modernidade. Curitiba: Juruá, 2009.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**: aportes para uma reflexão atual sobre pluralismo e constituição. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MALISKA, Marcos Augusto; PARCELLI, Dionizio Moreira. O caso Vilcabamba e *El Buen Vivir* na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico. **Sequência**, Florianópolis, n. 77, p. 150, nov. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3Of466m. Acesso em: 25 fev. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Juridica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira. DIDIER JR, Fredie Souza. (orgs.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2007, p. 555-556. Disponível em: https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/teoria_do_processo_-_panorama_doutrinari_1.pdf. Acesso em: 29 jan. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. 5 de set. de 2023. 3 ed. São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 2023.

MARITAIN, Jacques. **Cristianismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Agir, 1949.

MARITAIN, Jacques. Humanismo integral: uma nova visão da Ordem Cristã. **Serv. Soc. Rev.**, Londrina, v. 4, n. 1, p. 7-25, jul./dez. 2001.

MARITAIN, Jacques. **Para una filosofía de la persona humana**. Santiago: Editorial Letras, 1939.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Para a compreensão do sujeito jurídico: uma leitura transdisciplinar. *In:* INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB). **Seminário nacional sobre o uso alternativo do Direito**. Rio de Janeiro: IAB, 1993.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. **Empório do Direito**, 27 maio 2015. Disponível em: https://bit.ly/42dCXXb. Acesso em: 31 dez. 2023.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 43-55, 2016. Disponível em: https://bit.ly/42aaEZQ. Acesso em: 15 jun. 2023.

MARSHALL, John. **The Writings of John Marshall, Late Chief Justice of The**

United States, upon the Federal Constitution. Boston: James Munroe and Co., Boston, 1839.

MATTJE, Willian. **Corte Warren: Símbolo do Ativismo Judicial nos Estados Unidos.** Jusbrasil. 01 fev. 2018. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/corte-warren-simbolo-do-ativismo-judicial-nos-estados-unidos/551777701. Acesso em 29 jan. 2024.

MARTIN, Loughlin. **The idea of Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARX, Karl. **Cartas**: Marx a P. V. Annenkov. *In*: MARX, K.; ENGELS, F. (Ed.). **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa Omega, 19--. v. 3.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Livro primeiro: O processo de produção do capital. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. v. 1.

MARX, Karl.; ENGELS, F. Prefácios (Manifesto do Partido Comunista). *In*: **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega, 19--. v. 1.

MARX, Karl; ENGELS, F. O Manifesto Comunista. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. (Coleção Leitura).

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**. São Paulo: Palas Athena, 2003.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Tradução: Geraldo de Carvalho e Célia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENNA-BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do Direito: perspectivas contemporâneas. **Estudios de Derecho**, v. 78, n. 171, p. e2, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3Ucoede. Acesso em: 6 jun. 2023.

MERRY, Sally Engle. Legal Pluralism. **Law and Society Review**, v. 22, n. 5, 1988.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. 1917. Disponível em: https://bit.ly/4baJl5B. Acesso em: 15 jun. 2023.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa, 1988.

MILNE, Richard. Dinamarca teme ficar dependente de fabricação de Ozempic: economistas alerta para o chamado “efeito Nokia”, que afetou a vizinha Finlândia. **Folha de S.Paulo**, 28 set. 2023. Disponível em: https://bit.ly/47PXnXB. Acesso em: 8 jan. 2024.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria Miranda. **O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984.

MÖLLER, Josué Emilio. Os contrastes culturais nas democracias constitucionais: reflexões sobre a conformação ético-política do direito. **Revista Brasileira de**

Direito Constitucional – RBDC, n. 9, jan./jun. 2007. Disponível em: https://bit.ly/3HuiMuL. Acesso em: 24 jan. 2024.

MOORE, Sally Falk. Law as process: an antrhopological approach. **Routledge & Kegal Pluralism and Unofficial Law**, London, v. 46, n. 1, 2014. Disponível em: https://bit.ly/47I9F48. Acesso em: 26 dez. 2023.

MORIN, Edgar. **Os setes saberes necessários à educação do futuro**. Tradução: Catarina Eleonora F. Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2000.

MOTA, Saulo Marinho; VERBICARO, Loiane Prado. A Reforma Trabalhista como sintoma de fragilização da Democracia Brasileira. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 25, n. 2, p. 126-150, maio/ago. 2020, p. 132-133. Disponível em: https://bit.ly/42sbqBH. Acesso em: 30 nov. 2021.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução: Cassio Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

MOUSKHELY, M.; JEDRIKA, Z. **El Gobierno de la URSS**. Madrid: Technos, S.A., 1966.

NASA. **The Big Bang**. Disponível em: https://bit.ly/497o7E4. Acesso em: 1º maio 2023.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann. “Eu vejo o que tu não vês”. *In*: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. **O pensamento alemão no século XX**: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil. 1. ed. v. 1. São Paulo: Cosac Naify Portátil, 2013, p. 366. Disponível em: https://bit.ly/3U8GRib. Acesso em: 6 jun. 2023.

NEVES, Paulo. **As formas elementares da vida religiosa**: o sistema totêmico na Austrália. São Paulo: Paulinas, 1989.

NEVES, Rômulo Figueira. A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann: entrevista com Marcelo Neves. **Revista Plural Sociologia – USP**, São Paulo, 2º sem. 2004. Disponível em: https://bit.ly/3U8esJ2. Acesso em: 6 jun. 2023.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NICODEMOS, Erika Cassandra de. **Codificação e descodificação**: o direito civil e o Código Civil de 2002. Disponível em: https://bit.ly/47NJWXZ. Acesso em: 10 jul. 2022.

NIELSEN, Thiago Henrique. **A Lei Anticorrupção Americana**: os aspectos mais relevantes. 31 ago. 2020. Disponível em:

https://governancaemfoco.cimm.com.br/author/thiago/. Acesso em: 13 jun. 2023.

NIETZSCHE, Friedrich. **A vontade de poder.** Tradução: Marcos Senésio Pereira Fernandes e Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. Oeuvres. **Philosophiqhes Completes**. v. XII, n. 7, v. 60. Paris: Gallimard, 1977.

NODARI, Paulo César. O sentido da condenação e morte de Jesus. **Vida Pastoral**, ano 55, nº 295, mar.-abr. 2014. Disponível em: https://bit.ly/3HBRAtK. Acesso em: 13 jun. 2023.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 4. ed. Minnesota: West Publishing Co., 1991.

OE, Kenzaburo. **Jovens de um novo tempo, despertai!** São Paulo: Companhia das Letras, 1983.

OGILVIE, Bertrand. **Lacan**: a formação do conceito de sujeito. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). **Ministro do STF garante acesso de advogados aos autos dos inquéritos nº 4.781 e 4.879**. 1 dez. 2022. Disponível em: https://bit.ly/429GohG. Acesso em: 15 maio 2023. Acesso da decisão na íntegra Disponível em: https://bit.ly/3u7Rebo. Acesso em: 15 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 77/1998 – Caso 11.556**: Corumbiara. Disponível em: https://bit.ly/496JZiF. Acesso em: 15 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 32/2004 – Caso 11.556**: Corumbiara. Disponível em: https://bit.ly/48MTSSQ. Acesso em: 15 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://bit.ly/48MRNpZ. Acesso em: 30 maio 2023.

OSNAI, Saturo. OSANAI: espírito pacifista da Constituição orientou a recuperação para o povo japonês. Leis, Concorrências & Leilões. Indústria e Comércio. **Caderno E**. Curitiba, 17 set. 1991.

PAOLINELLI, Camila Mattos. O que é processo constitucional? **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas**, n. 13, jan.-jul. 2016. Disponível em: https://bit.ly/48KgCTr. Acesso: 15 maio 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0073750-82.2021.8.16.0000**. Rel. Des. Fernando Prazeres. Agravante: Companhia de Habitação de Ponta Grossa – PROLAR. Agravado: Frente Nacional de Luta Campo

e Cidade. Disponível em: https://bit.ly/4bgrla7. Acesso em: 12 jan. 2024.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Artigo 24, III. Ed Ridendo Castigat Mores, 2010. Disponível em: https://bit.ly/4b78gHf. Acesso em: 24 jan. 2024.

PEREIRA, Sebastião Tavares. **Devido processo substantivo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PEREIRA, Thiago Turbay. O sentimento popular, o superego e o STF. **Migalhas**, 15 ago. 2018. Disponível em: https://bit.ly/47Ib8aE. Acesso em: 2 jun. 2022.

PERELMAN, Chaim. **Retoricas**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Pedro Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PERELMAN, CHARLES. **Logique Juridique**. **Nouvelle Rhétorique**, Paris: Dalloz, 1979.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nov retórica. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Pedro Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PETRIELLA, Dionísio. **La Constitucion de la Republica Italiana**. Buenos Aires: Asociacion Dante Alighieri, 1957.

PETRINI, Carlo. **La Constituzione della Repubblica Italiana**. Firenze: Giunti. 2018.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei**: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PICOLI, Bruno Antonio; CHITOLINA, Vanessa; GUIMARÃES, Roberta. Revisionismo Histórico e Educação para a Barbárie: a verdade da “Brasil Paralelo”. **Revista UFG**. v. 20. 7 ago. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3HI49ns. Acesso em: 12 jan. 2024.

PIERANDREI, Franco. **Corte costituzionale**. Enc. Dei Dir. X, Milão: Giufré, 1962.

PINHEIRO, Guilherme. **NASA e SpaceX de Elon Musk fecham acordo de US$ 1,4 bilhão para transporte espacial**. Disponível em: https://bit.ly/4bct3ZS. Acesso em: 15 jun. 2023.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos**. In: ROMBOLI, Roberto; DE ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (org.). Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

PLATÃO. **23 diálogos**: A República, Fédon, O Banquete, Górgias, Apologia de Sócrates. Tradução: Carlos Alberto Nunes, Maria Lacerda de Souza e A. M. Santos. São Paulo: Mimética, 2019. Box ‘Grandes Obras de Platão’.

PLATÃO. **A República**. 15. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

PLATÃO. **Parmênides**: o uno e o múltiplo, as formas inteligíveis. Tradução: Maua Iglésias e Fernando Rodrigues. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2003.

PLATÃO. **Timeu-Crítias**. Tradução de Rodolfo Wpes. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. VI. São Paulo: Forense, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. t. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PORTUGAL. Parlamento. **Constituição Portuguesa**: artigo 18 – força jurídico. Disponível em: https://bit.ly/3vOvwJW. Acesso em: 2 jun. 2023.

POSPISIL, Leopold. **Anthropology of law**: a comparative theory. New York: Harper & Row, 1971.

POSPISIL, Leopold. **Kapauku Papuan and their law**. New Haven: Yale University Press, 1958.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

POZZEBON, Paulo Godoy. **Fundamentos do pensamento democrático de Jacques Maritain**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Filosofia. Universidade de Campinas (Unicamp). Campinas, SP, 1996. Disponível em: https://bit.ly/4bcTBu3. Acesso em: 24 jan. 2024.

PUGLIESE, William Soares. Elementos Para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1. jan.-abr. 2021. Disponível em: https://bit.ly/4b8npbm. Acesso em: 30 nov. 2021.

PUGLIESE, William Soares. **A *ratio* da jurisprudência**: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 310 f. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016. Disponível em: https://bit.ly/47MMSnY. Acesso em: 15 jun. 2023.

PUGLIESE, William Soares. Organizadores: Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho. Daniel Octávio Silva Marinho. **Interpretação e Processo Constitucional: Estudos sobre a efetivação contemporânea de Direitos Fundamentais**. Londrina: Thoth.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. v. II. Coimbra: Arménio Amado, 1961.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. **Anotações sobre o Poder Judiciário americano**. Brasília, a. 33, n. 129, jan./mar. 1996, p. 237-247. Disponível em: https://bit.ly/3UtTHaG. Acesso em: 17 ago. 2023.

RIBEIRO, Alexandre. Santo Agostinho e o menino que despejava o mar num buraco na areia. **Aleteia Brasil**. 19 jan. 2016. Disponível em: https://bit.ly/47T7VVN. Acesso em: 27 set. 2023.

ROCHA, Alexandre Almeida; BORSZCZ, Lúcia Helena; LARA, Paulo Cesar de. Constitucionalismo latino-americano: origens e desdobramentos. *In*: VASCONCELOS, Adaylson Wagner Souza de (Org.). **O direito em perspectiva**. Ponta Grossa: Atena, 2021. p. 33-35. Disponível em: https://bit.ly/3SadHMP. Acesso em: 15 jun. 2023.

ROCHA, Leonel Severo. **A aula mágica de Luis Alberto Warat**: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do direito. Disponível em: https://bit.ly/3u9IDF5. Acesso em: 2 jan. 2024.

RODAS, Sérgio. **Falta de imparcialidade e violação de direitos minaram "lava jato"**, diz Desembargadora. Consultor Jurídico. 23. Nov. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-nov-23/lava-jato-foi-minada-por-violacao-de-direitos-e-falta-de-imparcialidade-diz-desembargadora/ Acessso em: 30 jan. 2024.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROSENBERG, Alyssa. O que Capitão América: Guerra Civil e Batman *vs* Superman têm em comum? **Gazeta do Povo**, 7 maio 2016. Disponível em: https://bit.ly/3SjWaCe. Acesso em: 15 maio 2023.

ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, identity, difference and legitimacy**: theoretical perspectives. Durham/London: Duke University Press, 1994.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

ROSENFELD, Michel. The Pluralist Dilemma in Constitutional Design. **Cornell Law Review**, v. 94, n. 5, 2009.

ROSS, *Sir* David. **A teoria das ideias de Platão**. Disponível em: https://bit.ly/48LIOpc. Acesso em: 29 set. 2023.

ROSZAK, Theodore. **O nascimiento de una contracultura**: reflexiones sobre la sociedad tecnocrática y su oposición juvenil. 7. ed. Tritivillus: Epublibre, 2022.

ROUDINESCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise**. Tradução: Vera Ribeiro e Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**: antropologia jurídica da modernidade. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1986.

SANTANO, Ana Claudia. **Entre a (in)segurança jurídica, os direitos fundamentais políticos e o ativismo judicial**: as deficiências da justiça eleitoral e seus efeitos sobre a democracia brasileira. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3Hy7dCQ. Acesso em: 12 fev. 2020.

SANTANO, Ana Cláudia. Um balanço dos 30 anos da Constituição Federal de 1988: direitos humanos na jurisprudência em juízes. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 25, n. 1, p. 209, jan./abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3OfPyn2. Acesso em: 28 jul. 2021.

SANTANO, Ana Cláudia. Uma abordagem sobre os direitos políticos dos indígenas no marco das normativas internacional e brasileira. **Resenha Eleitoral**. Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 12, jan./abr. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3u5bdaC. Acesso em: 28 jul. 2021.

SANTILLI, Juliana. **Socio-ambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Fundação Petrópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **La globalización del derecho**: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Tradução: C. Rodríguez. Colômbia: ILSA, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos.** São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática de justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. A objeção central ao princípio da proporcionalidade no contexto do Constitucionalismo brasileiro. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, ano 1, v. 1, n. 1, p. 28, jan./jun. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3Sazxjm. Acesso em: 2 jun. 2023.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**, v. 1, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005. Disponível em: https://bit.ly/3SaDTqS. Acesso em: 12 fev. 2020.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Disponível em: https://bit.ly/48GMhFs. Acesso em: 16 jun. 2023.

SCHRAPPE, Allana Campos Marques. As subculturas criminais: elementos para pensar o papel do juiz em face da culpabilidade penal. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 1, n. 1, 16 mar. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3OfEeYb. Acesso em: 26 dez. 2023.

SCHRAPPE**,** Allana Campos Marques; HENNING, Luiz Felippe de Castro. **Direito penal do inimigo como atualização do terrorismo de Estado**. Disponível em: https://bit.ly/3tXZScz. Acesso em: 15 jun. 2023.

SCHWARTZ, Bernard (ed.) **The Warren Court**: a retrospective. Oxford: Oxford University Press, 1996.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SCHYFF, Gerhard Van Der. A necessidade de uma identidade constitucional explícita da UE: o outro lado do acórdão do Tribunal Constitucional Polaco K 3/21. **Nederland Rechtsstaat**. 14 jan. 2022. Disponível em: https://bit.ly/48MY1pX. Acesso em: 26 out. 2023.

SEARLE, John. **Atos de fala**: um ensaio de filosofia da linguagem. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SENRA, Ricardo. Desproporcional seria usar armas letais, diz porta-voz da PM do Paraná. **BBC Brasil**. 30 abr. 2015. Disponível em: https://bbc.in/3S3wIRa. Acesso em: 7 jun. 2023.

SERRES, Michel. **Diálogo sobre a ciência, a cultura e o tempo**: conversas com Bruno Latour. Trad. Serafim Ferreira e João Paz. Lisboa: Instituto Piaget, s/d.

SHELLEY, Bruce. **História do Cristianismo**. Tradução: Giuliana Niedhardt. Rio de Janeiro: Thomas Nelson, 2018.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia jurídica da alteridade:** uma aproximação ente o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação latino-americana. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. Breves considerações sobre os processos estruturais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (orgs.). **Processos es truturais**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2019.

SILVA, Vinicius Carvalho da. **O "princípio da incerteza" de Werner Heisengerg e suas interpretações ontológica, epistemológica, tecnológica e estatística**. 2014. Disponível em: https://bit.ly/3u9Jfun. Acesso em: 1º maio 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: https://bit.ly/3u8uFU4. Acesso em: 2 jun. 2023.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O direito constitucional e as lacunas da lei. **Brasília**, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997. Disponível em: https://bit.ly/48MYNTT. Acesso em: 17 nov. 2023.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STEFANO, Pietropaoli. **Carl Schmitt**: uma introdução. Tradução: João Paulo Arrosi. Curitiba: Editora da UFPR, 2019.

STEIN, Ernildo. **A consciência da História**: Gadamer e a Hermenêutica. Disponível em: https://bit.ly/49gvOrB. Acesso em: 30 nov. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. Ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Conjur**. 13 jun. 2013. Disponível em: https://bit.ly/429TjjG. Acesso em: 3 jan. 2024.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração da hermenêutica da construção do direito. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2021.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Código de Processo Constitucional: Superaremos finalmente o instrumentalismo? **Revista Gralha Azul, ed. 11, abril/maio, 2022.** Disponível em: https://ejud.tjpr.jus.br/documents/13716935/65829707/9.4+C%C3%93DIGO+DE+PROCESSO+CONSTITUCIONAL.+Lenio+Luiz+Streck.pdf/f4f596ca-b3ab-934c-53ba-725ad39d818d. Acesso em: 29 jan. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte:

Letramento, 2020.

STUBBS, William. **Germany in the early Middle Ages**, 476-1250. Londres: Longmans, Green, and Co., 1908.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 1767350-SC**. Rel. Min. Regina Helena Costa. Julgado em 16 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/42j6i2E. Acesso em: 15 jun. 2023.

SUPREMA CORTE dos Estados Unidos. **Townsend v. Sain, 372 U.S. 293**. Disponível em: https://bit.ly/49b6IKp. Acesso em: 15 maio 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). ***Habeas Corpus* nº HC 225706/MG**. Rel. Min. André Mendonça, Segunda Turma, j. 09/05/2023. Disponível em: https://bit.ly/498QGRA. Acesso em: 10 maio 2023.

SUSTEIN, Cass R. Dobbs and the travails of due process traditionalism. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 14, 2022. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=4145922. Acesso em: 6 jul. 2023.

SUSTEIN, Cass R. **Dobbs e as dificuldades do tradicionalismo do devido processo**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=16333. Disponível em: Acesso em: 21 jul. 2022

TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental**: para compreender as idéias que moldaram nossa visão de mundo. 8. ed. Tradução: Beatriz Sidou. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

TAVARES, Pedro Heliodoro M. B. O vocabulário metapsicológico de Sigmund Freud: da língua alemã às suas traduções. **Pandaemonium**, São Paulo, v. 15, n. 20, dez. 2012. Disponível em: https://bit.ly/3OeZpJP. Acesso em: 15 jun. 2023.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world-society. **Dartsmouth**, p. 3-28, 1996. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=896478. Acesso em: 15 jun. 2023.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, 1893.

TILLY, Charles. **Democracia**. Tradução: Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2013.

TOZO, Lucas Suárez de Oliveira; SOLON, Ari Marcelo. Dogmática jurídica: caracterização de um conhecimento jurídico historicamente construído. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, a. 14, n.19, p. 1-404, 2010.

TOZZINI, Daniel Laskowski. **Filosofia da ciência de Thomas Kuhn**: conceitos de racionalidade científica. São Paulo: Atlas, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA (TJRO). **Os efeitos das decisões da corte de direitos humanos na justiça brasileira são tema de palestra no TJRO**. 18 mar. 2016. Disponível em: https://bit.ly/498rmLe. Acesso em:

15 jun. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). **Ações mandamentais c/c indenização por danos morais nº 0011086-21.2022.8.16.0019**. 1ª Vara da Fazenda Pública de Ponta Grossa. Julgado em 20 jun. 2022. Disponível em: https://bit.ly/48GNbBQ. Acesso em: 23 jun. 2023.

TRIVIÑOS, Augusto N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa em Educação. São Paulo: Atlas, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Declaração Schuman, de maio de 1950**. Disponível em: https://bit.ly/48Yed7K. Acesso em: 15 out. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. 7 jun. 2006. Disponível em: https://bit.ly/48NJzOq. Acesso em: 12 out. 2023.

UNIBRASIL. **Editais e resoluções**. Disponível em: https://bit.ly/4bliuUG. Acesso em: 15 jun. 2023.

UNITED STATES. **The Constitution of the United States**. 1787. Washington, DC: s.d., 1992. Disponível em: https://bit.ly/3SdA4kB. Acesso em: 30 nov. 2021.

US COURTS. **In Re Gault, 387 U.S. 1 (1967)**. Disponível em: https://bit.ly/3UkEUPU. Acesso em: 15 maio 2023.

US COURTS. **Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)**. Disponível em: https://bit.ly/3SmeWJ5. Acesso em: 15 maio 2023.

VASCONCELOS, Frédi. Governo Richa: educação tratada à bala. **Brasil de Fato**. 6 abr. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3SvXYJC. Acesso em: 7 jun. 2023.

VATICANO. **Carta Encíclica Fratelli Tutii do Santo Padre Francisco**: sobre a fraternidade e a amizade social. 3 out. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3SvAfsU. Acesso em: 12 jan. 2024.

VATICANO. **Carta Encíclica Laudato Si do Santo Padre Francisco**: Sobre o cuidado da casa comum. 24 maio 2015. Disponível em: https://bit.ly/3Svf22f. Acesso em: 12 jan. 2024.

VEJA. **A Suprema Corte dos EUA anula Roe *v.* Wade e estados podem proibir o aborto**. 24 jun. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3S472DO. Acesso em: 6 jul. 2022.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Introducción al derecho político**. Barcelona: J. Mª. Bosch, 1958.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría general de las relaciones constitucionales**. Madrid: Dikinson, 2000.

VERDUSSEN, Marc. **La Constitution Belge**. Bruxelles: Le Cri Édition, 2004.

VEYNE, Paul. **Quando o nosso mundo se tornou cristão.** Tradução: Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

VIRRALY, Michel. La Pensée Juridique, Paris: **Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence**, 1960.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (orgs.). **Processos estruturais**. 2. ed., São Paulo: JusPodivm, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural:** teoria e prática. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2019.

WALKER, Neil. Rosenfeld's plural Constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, ed. 3, jul. 2010, p. 677–684. Disponível em: https://bit.ly/4b96ZPQ. Acesso em: 15 jun. 2023.

WARAT, L. A. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Boiteux, 2004.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WEBER, Marx. **A política como vocação.** Tradução: Maurício Tragtenberg, Brasília: Editora da UnB, 2003.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1987.

WENSLOFF, David A. Optimizing your industrial wasterstream costs. **Water/Engineering & Management**, v. 145, n. 3, p. 26-28, mar. 1998.

WILKINSON, Michael. Constitutional Pluralism: chronicle of a death foretold? **European Law Journal**. Oslo, p.1-35. ago. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3vKpMAN. Acesso em: 12 out. 2023.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução: Luiz Henrique dos Santos. São Paulo: Edusp, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, 2019, p. 2711-2735. Disponível em: https://bit.ly/499XHl5. Acesso em: 9 jun. 2023.

WOLKMER, Antônio Carlos; GARCÍA, Germán Silva (ed.). **Tratado Latinoamericano de Sociología Jurídica**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudos, 2023. Disponível em: https://bit.ly/3u5tuob. Acesso em: 29 de dez. 2023.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.) **Os novos direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOODS JR., Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. São Paulo: Quadrante, 2008.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Disponível em: https://www.wto.org/. Acesso em: 13 jun. 2023.

XAVIEL, Luciana Pedroso; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **O caso Roe *vs.* Wade e o sistema de litígio estratégico nos Estados Unidos**. 23 abr. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3Of05Pn. Acesso em: 24 jan. 2024.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ZUMPANO, Andressa. **Maior ação de reintegração de posse em Rondônia repete os rastros do Massacre de Corumbiara**. Disponível em: https://bit.ly/42jqkdd. Acesso em: 10 maio 2023.